Betrug

bei unsittlichen und gesetzwidrigen Rechtsgeschäften.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Anton Goldscheider

aus **Fürth** (Bayern),

Rechtspraktikant am K. Bezirksamt zu München.

Approbiert am 21. Oktober 1909.

MÜNCHEN

Buch- und Kunstdruckerei von August Victor.

1910.

R11

Betrug

bei unsittlichen und gesetzwidrigen Rechtsgeschäften.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Anton Goldscheider

aus **Fürth** (Bayern),

Rechtspraktikant am K. Bezirksamt zu München.

Approbiert am 21. Oktober 1909.

MÜNCHEN

Buch- und Kunstdruckerei von August Victor.

1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Allfeld.

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 1

II. Der Betrug im allgemeinen: 10

1. Die Vermögensbeschädigung und der Kausalzusammenhang zwischen Irreführung und Schädigung 10

a) Geschichte 10

b) Die Vermögensbeschädigung (die sog. objektive oder ökonomische Theorie) 13

c) Der Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung 21

d) Die sog. subjektive Theorie der Vermögensbeschädigung . 23

e) Das Verhältnis der Vermögensbeschädigung zum Privatrecht 29

2. Der rechtswidrige Vermögensvorteil 32

III. Unsittliche und gesetzwidrige Rechtsgeschäfte 38

IV. Ist bei unsittlichen und gesetzwidrigen Rechtsgeschäften Betrug möglich? 42

a) Entwicklung der eigenen Ansicht 42

b) Die Stellung der Literatur 46

c) Beantwortung der Frage vom praktischen (kriminalpolitischen) Standpunkt aus 51

Literatur-Verzeichnis.

Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin 1904.

— Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang, Gerichtssaal, 37. Bd. S. 257 ff

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, 1. Bd. 2. Aufl. Leipzig 1902. =

= Binding L. I.

— Die Normen und ihre Übertretung. 1. Bd. 2. Aufl. Leipzig 1890.

— dto. 1. u. 2. Bd. 1. Aufl. Leipzig 1872, 1877. =

Binding, Normen 1, alte Aufl. u. Binding Normen 2.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Brombacher, Die Begriffe Vorteil, Vermögensvorteil, gewinnsüchtige Absicht im deutschen Strafrecht (Diss.). Erlangen 1901.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. 2. Bd. 2. Abt. 1. u. 2. Aufl. Halle 1901.

Dorigny, Délit constructif d'escroquerie (Thèse) Paris 1899.

Doerr, Das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Breslau 1897.

Engelhard, Kann Betrug begangen werden durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung. (Diss.) Heidelberg 1905.

Escher, Die Lehre vom strafbaren Betrug und von der Fälschung. Zürich 1840.

Frank, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3./4. Aufl. Leipzig 1903. 5./7. Aufl. Tübingen 1908.

— Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 14. Bd. S. 392 ff.

— Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe. Tübingen 1908.

Fröschmann, Betrug bei unerlaubten Rechtsgeschäften (Diss.). Leipzig 1906.

Glaser, Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht. Wien 1858.

Gryzciecki, Studien über den strafbaren Betrug. Lemberg 1870.

Haelschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. 2. Bd 1. Abt. Bonn 1884.

Hegler, Betrug im 7. Bd. S. 405 ff. der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Berlin 1907. =

Hegler Rv. D.

— Prinzipien des internationalen Strafrechts. Breslau 1906.

Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug. (Diss.) Reutlingen 1905.

Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Gerichtssaal, 55. Bd. S. 1 ff.

Kohler, Treu und Glauben im Verkehr. Berlin 1893.

Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. II. Abt. Tübingen 1858.

— Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloss zivilrechtlich zu erfolgenden Betrug. Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess. Neue Folge. 14. Bd. 1857.

Lammasch, Grundriss des österr. Strafrechts. Leipzig 1908.

Lauterburg, Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung und ihrer Hauptformen. Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 6. Bd. S. 196 ff.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag. Leipzig 1896.
Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. 2. Teil. Das materielle Strafrecht. Berlin 1904.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1908.
Merkel Adolf, Kriminalistische Abhandlungen. 2. Bd. Die Lehre vom strafbaren Betrug. Leipzig 1867.
= Merkel, Kr. Abh.
— Der Betrug. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1874.
= Merkel, H. H.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Merkel Johannes, Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. (Diss.) Nürnberg 1900.
Mugler, Der Begriff des Vorteils im deutschen Strafrecht. (Diss.) Landau 1901.
Oertmann, Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin 1908.
— Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Olshausen-Zweigert, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1906.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901.
Ortloff, Lüge, Fälschung und Betrug. Jena 1862.
Planck, Commentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. u. 2. Bd. 3. u. 4. Aufl.
Rommel, Der Betrug. Leipzig 1894.
Rotering, Betrug. Archiv für Strafrecht, 47. Bd. S. 416 ff.
Schlesinger, Vermögensbeschädigung bei Betrug. (Diss.) München 1894.
Staudinger, Commentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 1. Bd. 2. Bd. 2. Teil. 3. u. 4. Aufl.
Stenglein, Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Gerichtssaal. 40. Bd. S. 81 ff.
Temme, Die Lehre vom strafbaren Betrug nach preussischem Rechte. Berlin 1841.
Waag, Der rechtswidrige Vermögensvorteil. Gerichtssaal. 31. Bd. S. 241. ff.
Zeiler, Betrug und Betrugsversuch bei gesetzwidrigen Rechtsgeschäften. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 28. Bd.
Vermögensbeschädigung bei Betrug. Von zwei unbekannten Autoren im Gerichtssaal. 43. Bd. S. 321 ff.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv für bürgerl. Recht.
Deutsche Juristenzeitung = D. J. Z.
Gerichtssaal = G S.
Goltdammer's Archiv für Strafrecht = G A.
Das Recht.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft = Liszt Zeitschrift.
Rivista penale.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen = Rspr.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0094

I.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht behandelt zum ersten Male in seiner Entscheidung vom 17. Februar 1887 (E. 19 S. 186) einen Fall eines bei einem unsittlichen Rechtsgeschäfte begangenen Betrugs. Eine Frau hatte mehreren Personen vorgespiegelt, sie könne ihnen gegen entsprechendes Entgelt wirksame Abtreibungsmittel verschaffen; sie nahm von den Leuten das Geld in Empfang, lieferte ihnen aber, wie sie von Anfang an vor hatte, nur wertloses Zeug. Das Urteil nahm unbedenklich das Vorliegen vollendeten Betrugs gemäss § 263 R. St. G. B. an. Schon ein paar Jahre darauf aber, im Jahre 1889, trat angesichts eines besonders krassen Falles, eine Wendung ein. Ein Hamburger Bordellwirt Q. trat unter Mitwirkung der Dirnen H. und K. die Forderungen, die er gegen diese aus dem Unzuchtsbetrieb hatte, gegen Zahlung von 250 Mk. und 350 Mk. an die Inhaber eines andern Bordells L. und S. ab und verpflichtete sich gleichzeitig, zur Sicherung die gesamte Garderobe der Mädchen den Bordellwirten L. und S. zu übereignen. In der Tat handelte es sich bei diesem Geschäft um eine Art von Verkauf der Dirnen, durch den Q., bei dem sie sich zuerst befanden, zu dem Gelde, das er von ihnen zu fordern hatte, gelangen wollte. L. und S. wollten dann die Dirnen in ihre „Herberge“ aufnehmen und sich aus der Unzucht der Mädchen bezahlt machen. Die reichhaltige Garderobe sollte ihnen als Sicherung dienen. Sie erhielten aber von Q., der im Komplott mit den Dirnen handelte, ihrem vorgefassten Entschlusse gemäss, nur wertlose Gegenstände. Das Reichsgericht verneinte entgegen dem verurteilenden Erkenntnis des Landgerichts Hamburg die Möglichkeit eines Betrugs. Es

sei nicht statthaft, Ansprüche, welche auf unsittlichen, unerlaubten bezw. strafbaren Handlungen beruhten, zur Herstellung der Begriffsmerkmale des „rechtswidrigen Vermögensvorteils“ und der „Vermögensbeschädigung“ für den Tatbestand des Betrugs zu verwerten. Seitdem hatte sich das Reichsgericht immer und immer wieder mit dieser Frage zu beschäftigen, so dass bisher mit der ersten Entscheidung 17 Fälle vorliegen, in denen allen (mit Ausnahme des in G. A. 42. Bd. S. 119 ff. wiedergegebenen Urteils) die Möglichkeit vollendeten Betrugs bei unsittlichen und gesetzwidrigen und deshalb nichtigen Rechtsgeschäften verneint wird. Allmählich aber zeigte sich, dass man durch diese Rechtsprechung dem Verbrechen einen unerträglichen Vorschub leistete, was bereits der I. Senat (E. 21 S. 161) vorausgesehen hatte, als er sagte, es werde sich unter Umständen als missständig fühlbar machen, dass in solchen Fällen eine Strafe wegen Betrugs nicht verhängt werde, und das Reichsgericht betrat nun den Ausweg, den ihm bereits Galli in DJZ Bd. 9 S. 1125 ff. (vgl. auch Bd. 11 S. 1126) angeraten hatte; es bestrafte in Zukunft die Täter wegen Versuchs mit untauglichen Mitteln.

Es geht natürlich nicht an, den Tatbestand jeder einzelnen Entscheidung hier anzuführen; im Grossen und Ganzen handelt es sich um folgende typische Fälle, die entweder Gegenstand der Entscheidung sind oder nebenher behandelt werden.

A. Eine Dirne gibt sich gegen Versprechen von Geld preis. Der Täter lässt sie aber, wie er von Anfang an vor hatte, leer ausgehen.

Oder: A. stiftet den B. an, seinen Todfeind X. zu morden. Er verspricht ihm eine hohe Summe Geldes, hält aber dann, wie er gleich beabsichtigt hatte, sein Versprechen nicht.

B. a) Jemand lässt sich von einem andern 20 Mk. geben, indem er ihm vorspiegelt, er werde ihm Abtreibungsmittel verschaffen. Er gibt ihm aber dann, seinem vorgefassten Entschlusse gemäss, blos wertloses Zeug.

Oder: Ein Mechaniker fertigt ein Werkzeug zur Ausführung eines Verbrechens, bekommt aber dann vom Besteller die ver-

sprochene Vergütung nicht. Der Besteller hatte nie die Absicht, sein Versprechen zu erfüllen.

Oder: Ein angeblicher Buchmacher nimmt Geld für Wetten auf und prellt die Wettenden um die Einsatzsumme.

b) A. schwindelt B. 80 Mk. heraus, indem er ihm vorspiegelt, er brauche dies, um im Prozess, den B. führt, den gegnerischen Anwalt zu bestechen.

Die Begründungen der Entscheidungen, denen diese Fälle zu Grunde liegen, weisen zahlreiche Nuancen auf, ja sie widersprechen sich sogar nicht selten in Einzelheiten, so dass es nicht leicht ist, sich durch die oft sehr interessanten Urteile hindurch zu arbeiten. Insbesondere geht der II. Senat in den Gründen seinen eigenen Weg, doch werden die Gesichtspunkte, die er vorbringt, auch in den Entscheidungen der anderen Senate verwertet, nur in anderer Weise.

Es werden teils einzeln, teils kumulativ folgende Gründe angeführt.

I. Es liegt keine rechtlich beachtliche Vermögensschädigung vor.

a) Eine solche könnte nur liegen in der Nichtgewährung des Aequivalents, in dem Ausbleiben der Gegenleistung; auf die Gegenleistung aber besteht kein Recht, sie ist im Rechtssinn unmöglich, so dass in ihrem Ausbleiben auch keine Schädigung erblickt werden kann. Dass eine tatsächliche Vermögensminderung vorliegen könne, wird nicht geleugnet, ja E 21 S. 58ff. spricht sogar davon, dass eine objektive Vermögensschädigung vorliegen könne (gibt es denn eine subjektive Vermögensschädigung?).

Diese Argumentation findet sich in den unter B a u. b gehörigen Fällen; besonders charakteristisch sind die Begründungen der Urteile in Bd. 19 und 36 S. 334.

b) Hat jemand Geld hingegeben und so sein Vermögen vermindert, so kann hierin keine Vermögensschädigung im Rechtssinne erblickt werden, wenn er das, was er bezahlt hat, nicht mehr zurückfordern kann, weil es sich um Hingabe eines

zur Erfüllung eines unsittlichen oder gesetzwidrigen und darum nichtigen Rechtsgeschäftes handelt (§ 817 BGB).

Dies ist die dem II. Senat eigentümliche Argumentation bei den Fällen sub B a, doch wendet er sie auch in den Fällen sub B b an und hier haben sie andere Senate übernommen.

Ein charakteristisches Urteil des II. Senats, das einen unter B a gehörenden Fall behandelt, sei hier wiedergegeben. E 37 S. 30.

„Der Angeklagte besass ein im angefochtenen Urteil als Medaille bezeichnetes blankes Metallstück. Er spiegelte dem Arbeiter M. vor, es sei ein 20 Mk.-Stück und von ihm gefunden worden. Er erklärte, er wolle den Fund nicht abgeben und dem M., damit dieser ihn nicht verrate, einen Teil des gefundenen Geldes zuwenden; er werde ihm die 20 Mk. gegen Herausgabe von 12 Mk. überlassen. M. hielt die Medaille für ein 20 Mk.-Stück, glaubte, dass es der Angeklagte gefunden habe, ging auf dessen Vorschlag ein und gab ihm von seinem Geld zunächst 8—10 Mk.

Das Reichsgericht E 37 S. 30 hob das in I. Instanz vom Landgericht Berlin erlassene verurteilende Erkenntnis auf, mit dieser Begründung:

„M. beging keine Hehlerei an der Medaille, weil diese, wie dem Urteil zu entnehmen ist, von dem Angeklagten nicht erweislich durch eine strafbare Handlung erlangt war. Ihr Erwerb durch M. war keine strafbare Handlung und verstiess gegen kein gesetzliches Verbot (vgl. § 134 B G B), aber M. hielt das Metallstück für eine Sache, welche von dem Angeklagten mittels Unterschlagung erlangt war und er brachte sie seines Vorteiles wegen an sich; er glaubte eine Handlung zu begehen, welche den Tatbestand der Hehlerei nach § 259 R. St. G. B. erfüllte, er wollte das Recht des vermeintlichen Eigentümers missachten, um sich dadurch zu bereichern. Deshalb beging er einen Verstoss gegen die guten Sitten. Der Angeklagte andererseits erweckte den Anschein, als habe er eine Unterschlagung begangen, er erregte die Neigung des M., sich auf dem Wege einer strafbaren Handlung einen Gewinn zu verschaffen, er

brachte unter Ausnützung dieser unsittlichen Neigung das beabsichtigte Geschäft zustande, auch ihm fällt daher ein Verstoss gegen die guten Sitten zur Last. Das Geschäft über die Medaille war mithin nach § 138 B G B nichtig.

Aus diesem Grunde enthielt im Sinne des § 263 R. St. G. B. die Hingabe der 8—10 Mk. keine Beschädigung des Vermögens des M., denn in sein rechtlich geschütztes Vermögen ist nicht eingegriffen. Was er zur Erfüllung des nichtigen Geschäftes gezahlt hat, kann er nicht zurückfordern. (§ 817 B G B).“

Später wurde dann der Angeklagte vom Landgerichte wiederum verurteilt; das Landgericht erachtete nämlich für erwiesen:

„Der Geschädigte, Arbeiter M., sei geistig beschränkt und habe nicht gewusst, dass er mit dem Ansichbringen des vermeintlichen 20 Mk.-Stückes eine strafbare oder unerlaubte Handlung begehe; er habe geglaubt, dass der Angeklagte, der ihm freundlich entgegengekommen war, ihn in durchaus zulässiger Weise an einem unvermuteten Glücksfall teil nehmen lasse; eine Missachtung fremden Eigentums habe dem M. fern gelegen, es sei ihm daher ein Verstoss gegen die guten Sitten nicht zur Last zu legen; der Angeklagte, der ihn in bewusster und gewollter Weise zur Eingehung des Geschäftes veranlasste, habe mithin sein rechtlich geschütztes Vermögen beschädigt.“ (Ausserdem stellte das Landgericht diesmal eine Aeusserung des M., er wolle den Fund nicht abgeben und M. solle ihn nicht verraten, nicht fest.)

Die neuerliche Revision des Angeklagten verwarf das Reichsgericht. (E. 37 S. 80):

„Nach der neuerlichen Feststellung hat M. weder eine Hehlerei begangen, noch eine solche begehen wollen oder zu begehen geglaubt, sondern er ist der Meinung gewesen und hat den Willen gehabt, in durchaus zulässiger Weise an einem unvermutet eingetretenen Glücksfall teil zu nehmen. Eine Missachtung fremden Eigentums, um sich dadurch zu bereichern, lag ihm ferne. Mit Recht schliesst die Strafkammer hieraus, dass auf Seiten des M. ein gegen die guten Sitten verstossendes

und deshalb nichtiges Rechtsgeschäft nicht vorlag und dass der vom Angeklagten ihm zugefügte Schaden sein rechtlich geschütztes Vermögen betraf."

Es lässt sich aus dieser Entscheidung nicht mit Bestimmtheit erkennen, ob sie annimmt, es liege überhaupt kein unsittliches Rechtsgeschäft vor, aber jedenfalls ergeben die Entscheidungen 37 S. 31 und S. 80 im Zusammenhalt, dass der II. Senat auch bei Vorliegen eines unsittlichen Rechtsgeschäftes Betrug annimmt, wenn ein Recht auf Rückforderung besteht.

Warum diese auf das privatrechtliche Rückforderungsrecht das Hauptgewicht legende Argumentation im Falle des Betrugs bei Bestechung mit Vorliebe, ja immer angewandt wird, ist leicht ersichtlich.

Wenn jemand aus seinem Vermögen etwas zu Bestechungszwecken hingibt, dann kann man nicht sagen, die Schädigung seines Vermögens könne lediglich in der Nichtgewährung des Aequivalents liegen, dieses aber sei rechtlich unmöglich, eine Schädigung durch das Ausbleiben desselben sohin ausgeschlossen. Das Vermögen ist vielmehr offensichtlich durch die Hingabe des Gutes geschädigt, was auch die Entscheidung R. G. G. A. 42. Bd. S. 119 richtig erkannt hat. Diese Entscheidung wurde aber nicht aufrecht erhalten, vielmehr argumentiert das Reichsgericht später folgendermassen: Das Rechtsgeschäft ist als gegen ein gesetzliches Verbot verstossend nichtig, das hingegebene Geld kann auch nicht mehr zurückgefordert werden, also ist die Vermögensminderung rechtlich unbeachtlich, irrelevant, der Betroffene kann „daher im Rechtsinne nicht durch die auf Grund des nichtigen Geschäftes erfolgte Hingabe des Geldes beschädigt sein". (R. G. 37 S. 161). So auch G. A. 46. Bd. S. 330.

Im Gegensatz zu dieser ausführlichen Behandlung der Frage nach dem Vorhandensein der Vermögensbeschädigung lassen die Urteile eine Untersuchung über den Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögungsbeschädigung in der Regel vermissen; sie nehmen an, in allen Fällen liege

II. kein Kausalzusammenhang zwischen Irreführung und Vermögensbeschädigung vor.

a. Denn „derjenige, welcher sich eine solche im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen lasse, müsse als einer behandelt werden, der sein Vermögen im Bewusstsein mindere, dass eine Gegenleistung im Rechtssinne unmöglich sei, also ohne Rücksicht auf Gegenleistung.

So sagen die meisten Urteile. Sie meinen offenbar, dass der Betroffene sein Vermögen selbst mindere, wenn er sich eine rechtlich unmögliche Gegenleistung versprechen lasse, so dass nicht die Irrtumserregung die Ursache der Schädigung sein könne, ohne aber darzutun, wie so sie zu diesem Satz gekommen, ja ohne zu untersuchen, ob denn der Betroffene sein Vermögen wirklich in dem Bewusstein gemindert hat, eine Gegenleistung im Rechtssinn sei unmöglich. An Stelle einer Untersuchung tritt eine Vermutung („er müsse als einer behandelt werden"). Am besten ist die Begründung in E 21 S. 161 (doch auch hier: keine Täuschung, „denn B. würde gewusst haben").

b. Erst die Entscheidung in G A 54. Bd. S. 418 (vgl. hiezu die klärenden Bemerkungen von Galli in D J Z 13. Jahrgang S. 350 ff.) führt näheres über den Kausalzusammenhang aus.

Sie scheidet

1. Der Betroffene war sich der Unsittlichkeit und der Gesetzwidrigkeit und der hieraus resultierenden Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und der Unmöglichkeit der Gegenleistung bewusst, dann hat er sich selbst geschädigt, die Irrtumserregung bildet in diesem Fall für die eingetretene Vermögensbeschädigung nur die äussere Veranlassung, nicht aber die innere Ursache.

2. Der Betroffene war sich der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nicht bewusst, dann ist die Möglichkeit des Kausalzusammenhangs gegeben.

Allerdings können wir zwei Seiten vorher in einer anderen Entscheidung (G. A. 54. Bd. S. 416) das Gegenteil lesen; da heisst es:

„Wer für eine solche rechtlich unmögliche Gegenleistung etwas verspricht oder leistet, kann sich auch wenn er vom Gegenteil über einen Tatumstand getäuscht und hiedurch vorsätzlich zu seinem Versprechen oder zu seiner Leistung bestimmt

worden ist, nicht als vom Gegner rechtswidrig und betrüglich in seinem Vermögen geschädigt bezeichnen, sondern er hat aus freien Stücken, nicht durch Irrtum bewogen, eine kraft rechtlicher Notwendigkeit ohne Aequivalent bleibende Leistung versprochen oder gewährt. Ob der Getäuschte die rechtliche Unmöglichkeit der Gegenleistung erkannte, ist gleichgiltig."

Leider finden sich derartige Widersprüche noch öfter, ja manchmal sind Entscheidungen in sich widersprechend, was wohl hauptsächlich darauf zurückzuführen ist, dass die Entscheidung möglichst dem besondern Fall gerecht werden soll, dass aber auch wenn möglich eine Uebereinstimmung mit früheren Entscheidungen erzielt werden soll, zwei Ziele, die sich nicht immer gleichzeitig erreichen lassen.

Beispiel: „Ein Weichensteller hatte sich von dem Angeklagten, den er im Verdacht der Falschmünzerei hatte, falsche 100 Mark-Scheine versprechen lassen, angeblich, um sie in strafbarer Weise in Verkehr zu bringen. In der Tat aber wollte er den Angeklagten auf diese Weise der Falschmünzerei überführen und sich so die 3000 M. verdienen, die die Reichsbank für die Ermittlung des Verfertigers der damals umlaufenden 100 Mark-Scheine ausgesetzt hatte. Der Weichensteller hielt nämlich den Angeklagten für den Verfertiger dieser Scheine. Er gab 180 M. hin, erhielt aber nichts.

Das Reichsgericht (G. A. 54. Bd. S. 418 ff.) führt des näheren aus, dass, trotzdem der Weichensteller die Falsifikate nicht als echt in Verkehr bringen wollte, ein unsittliches Rechtsgeschäft vorliege. Es folgen dann längere Erörterungen, deren Facit folgender Satz ist: „Daraus ergibt sich, dass S. in keinem Falle einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Gegenleistung erwarb, dass deshalb der Angeklagte durch die Vorspiegelung sie bewirken zu wollen, in dessen rechtlich geschütztes Vermögen nicht eingegriffen hatte. Im Laufe der Erörterungen aber findet sich der Satz „Wenn der Getäuschte die von ihm beanspruchte Handlung für nicht verboten oder nicht unsittlich hielt und deshalb der, wenn auch irrigen Meinung war, er könne auf

deren Vornahme einen rechtswirksamen Anspruch durch Vertrag erwerben, dann ist der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung und damit die rechtliche Möglichkeit für die Verübung eines Betrugs unter den dargelegten Verhältnissen gegeben."

Wenn also der Weichensteller gutgläubig ist, dann soll ein Betrug und somit natürlich auch die Voraussetzung eines solchen, die Vermögensbeschädigung, möglich sein, andererseits soll aber trotz der Gutgläubigkeit ein unsittliches Rechtsgeschäft vorliegen, aus dem kein Gegenanspruch erworben werden kann, durch dessen Nichterfüllung also auch niemals eine rechtlich beachtliche Vermögensbeschädigung entstehen kann.

Hier liegt ein unlösbarer Widerspruch vor.

III. Nach der gewöhnlichen Rechtsprechung des Reichsgerichtes könnte man annehmen, dass sie in unseren Fällen das Vorhandensein eines rechtswidrigen Vermögensvorteils annimmt; denn dieser ist ihr ja schon dann gegeben, wenn kein Recht auf den erlangten Vorteil besteht.

Bei näherem Zusehen aber erkennt man, warum das Reichsgericht in unseren Fällen

das Vorhandensein des rechtswidrigen Vermögensvorteils verneint.

Nach der Ansicht des Reichsgerichts kümmert sich das Recht um diese unsittlichen gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte überhaupt nicht (vgl. E. 19), es handelt sich wie G. A. 46. Bd. S. 330 sagt, „um einen für das Recht und den Rechtsverkehr völlig indifferenten Akt", der auf Grund solcher Geschäfte erworbene Vermögensvorteil kommt für das Recht gar nicht in Betracht, kann also auch nicht rechtswidrig sein (vgl. übrigens auch noch E. 21, S. 161).

Ausser diesen Gründen werden von den Reichsgerichtsentscheidungen noch eine Reihe anderer aufgeführt, so z. B. der eben schon kurz angedeutete, dass das Recht um derartige Verträge sich überhaupt nicht kümmere, womit alle Tatbestandsmerkmale des Delikts von selbst entfallen, der, dass kein rechtlicher und rechtlich verletzbarer Wille vorliege und

andere mehr, die soweit sie nicht im folgenden bereits ohnehin mitbehandelt werden, bei Besprechung der Literatur, der sie meist entnommen sind, zu ihrem Rechte kommen werden.

Zunächst aber handelt es sich um drei Fragen. Liegt in unsern Fällen Vermögensbeschädigung vor, ist der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung gewahrt, haben wir einen rechtswidrigen Vermögensvorteil, Fragen, deren Beantwortung eine allgemeine Behandlung der Begriffe „Vermögensbeschädigung, Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Schädigung und Absicht sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" voraussetzt.

II.

Der Betrug im Allgemeinen.

I. Die Vermögensbeschädigung und der Kausalzusammenhang zwischen Irreführung und Schädigung.

a) Geschichte.

Der Vorläufer des modernen Betrugsbegriffes ist der Stellionat des römischen Rechts. Die stellionatus persecutio fand statt wegen aller rechtswidrig in arglistiger Weise herbeigeführten Benachteiligungen anderer an ihrem Vermögen, die nicht andere Kriminalklagen begründeten.[1]) Freilich wurde das Wesen des Stellionats lange nicht ergründet, da die Quellen, insbesondere die L 3 § 1 D. 47, 20 der Auslegung einen weiten Spielraum liessen und gleichzeitig das Verhältnis des Stellionats zu anderen Delikten, insbesondere zum falsum verkannt wurde, was eine richtige Erkenntnis der Natur des falsum und des Stellionats verhinderte. Als nämlich der Stellionat in der Kaiserzeit von der Gesetzgebung geschaffen wurde, da waren verschiedene Delikte, die eigentlich dem stellionatus zugehört hätten, bereits vom falsum, d. h. von den durch die lex Cor-

[1]) So Merkel Kr. Abh. II S. 2, dem wir hier im wesentlichen folgen; vgl. auch die Darstellung der Geschichte des Betrugs in dem Referat G. S. 43. Bd. S. 345 ff.

nelia de falsis und die analoge Ausdehnung dieses Gesetzes sowie durch die an dieselben sich anschliessenden Senatuskonsulte und kaiserlichen Konstitute aufgestellten Strafvorschriften vorweg genommen. Indem man dieses historische Verhältnis als ein dogmatisches auffasste, glaubte man, dass die beiden Deliktsarten unter einen gemeinsamen Gattungsbegriff gehörten. Als solchen stellte man das crimen falsi oder den Betrug im weiteren Sinne auf und forderte für den so konstruierten weiteren Begriff eine (fraudulosa) veritatis imitatio (eine auf Täuschung gerichtete Wahrheitsentstellung), sowie ein praejudicium alterius, d. h. einen materiellen Schaden. Doch brauchte derselbe, um vollendetes crimen falsi anzunehmen, nicht eingetreten zu sein. Es genügte, wenn die Wahrheitsentstellung, falls sie nicht durchschaut worden wäre, hätte Schaden bringen können. Diesen Genussbegriff des crimen falsi bildete man nun weiter fort, indem man ihn in eine Reihe Unterarten einteilte, wobei man weder mit dem falsum (der Fälschung im engeren Sinn) noch mit dem stellionatus (dem Betrug im engeren Sinn) etwas rechtes anzufangen wusste; besonders der stellionatus trat immer mehr in den Hintergrund und wurde schliesslich sogar (von Leyser) als überflüssig verworfen. Gleichzeitig aber wurde bezweifelt, ob für das crimen falsi (den Betrug im weiteren Sinne) überhaupt ein praejudicium alterius nötig sei, was schliesslich dazu führte, dieses Erfordernis fallen zu lassen und statt dessen zu fordern, dass eine Lüge, falls sie zu krimineller Bestrafung gezogen werden solle, „wenigstens dem vollkommenen Rechte eines anderen auf Unterlassung der täuschenden Handlung widerspräche". Das crimen falsi wurde als formell vages Verbrechen bezeichnet, formell deshalb, weil nur das Mittel der Verübung, also die Form der Handlung, das gemeinsame Kriterium des Deliktes bildete, vag deshalb, weil infolge der verbrecherischen Handlung alle möglichen Rechtsgüter verletzt werden konnten. Zwar sprach man von einem „Recht auf Wahrheit" doch wollte damit nur ein Rechtslehrer Cucumus ein selbständiges Recht, ein solches, welches das Erfahren der Wahrheit zum Gegen-

stand hätte, aufstellen und auch dann, wenn ein solches allgemeiner angenommen worden wäre, wäre die Bezeichnung des damaligen Betrugsbegriffes im weiteren Sinne als eines vagen Verbrechens berechtigt gewesen, da es ihm auch dann an einem konkreten, mehr speziellem Recht gefehlt hätte.

Allmählich aber suchte man mehr zu individualisieren und gelangte so, wenn auch immer noch durch das Medium des crimen falsi hindurch, zur Erkenntnis des Wesens der Fälschung im engeren Sinn. Man fand es in der Gefährlichkeit des angewendeten Täuschungsmittels, in welchem der rechtswidrige Einzelwille als in einem bleibenden Erzeugnisse gleichsam äusserlich werde und durch sich selbst fortwirke. Damit war an Stelle des umfassenden crimen falsi die Fälschung im engeren Sinn getreten. Eine andere Richtung gelangte bei ihren Untersuchungen zu einer richtigen Bestimmung des Betrugs im engeren Sinn. Auch sie suchte zu individualisieren; nicht jede Lüge, jede Unwahrheit, so sagte sie, kann Delikt sein und Strafe nach sich ziehen; erst dann wird sie strafwürdig, wenn sie einen Schaden angerichtet hat. Dabei glaubten einige zunächst (so z. B. Ortloff: Lüge, Fälschung und Betrug § 45) noch die Verletzung von anderen als von Vermögensrechten, namentlich von Familienrechten in den Begriff des Betrugs einbeziehen zu sollen, bald aber rang sich die Erkenntnis durch, dass dadurch eine bedenkliche Annäherung an das vage Verbrechen vollzogen würde und so forderten schliesslich die meisten zum vollendeten Betrug einen Vermögensschaden, manche sogar eine Benachteiligung zum eigenen Vorteil. Darauf wird bei der Besprechung des rechtswidrigen Vermögensvorteils noch näher zurückzukommen sein.

Die Gesetzgebung bemächtigte sich bald der Errungenschaft und zahlreiche deutsche Partikulargesetze nahmen in die Begriffsbestimmung des Betrugs ausdrücklich das Merkmal der Vermögensbeschädigung auf. Insbesondere stellte auch das preussische Straf-Gesetzbuch von 1851 dies Erfordernis auf und von da ging es in das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich über. (Vgl. über die Entstehungsgeschichte des Betrugspara-

graphen im preussischen und Reichsstrafgesetzbuch S. 352ff. der Abh. im 43. Bd. des Gerichtssaals.)

Aus der Geschichte des Betrugsdeliks ergibt sich, dass an dem Erfordernis der Vermögensbeschädigung als dem Resultat einer langen Entwicklung streng festzuhalten ist.

b) Die Vermögensbeschädigung
(die sogenannte objektive oder ökonomische Theorie).

Was aber ist Vermögensschaden? Die Beantwortung dieser Frage setzt eine kurze Erörterung über den vielumstrittenen Begriff des Vermögens voraus.

Vermögen im Sinne des § 263 R. St. G. B. (und des Strafrechts überhaupt) ist der Inbegriff der geldwerten Güter[1]) d. h. der Mittel zur Bedürfnisbefriedigung, die einer bestimmten Person zur Verfügung stehen. Das Vermögen ist also eine Einheit und zwar Werteinheit. „Es ist kein rein juristischer Begriff, sondern ein Produkt des vom Rechte durchdrungenen wirtschaftlichen Lebens.“ (Lauterburg S. 184.) Bestandteile des Vermögens sind die Güter, insbesondere Sachen und Forderungen. Nicht aus subjektiven Rechten besteht das Vermögen, sondern aus deren Gegenständen;[2]) allerdings kann man an Stelle des Gegenstands des subjektiven Rechts dieses selbst setzen, z. B. an Stelle einer Sache das Eigentumsrecht an dieser, ja bei den Forderungen fallen Recht und Gut in der Regel zusammen. Doch ist nicht zu vergessen, dass nicht jedem subjektiven Recht ein vermögenswerter Gegenstand entspricht; ausserdem

[1]) So auch v. Liszt, S. 420 und 467, Birkmeyer, Enzyklopädie S. 1176.

[2]) Binding, der die Ansicht vertritt, das Vermögen bestehe aus der Summe aller Vermögensrechte, das Vermögensrecht sei das Angriffsobjekt beim Betrug, betont selbst (Normen I S. 295 ff., für den Betrug vgl. ausserdem noch S. 333,) dass die subjektiven Rechte unverletzbar seien. Nicht das subjektive Recht kann es also sein, auf das es der Betrüger abgesehen hat. Zwar lässt er sich das Recht des Getäuschten übertragen, aber der Getäuschte braucht ja den Rechtserwerb nur gemäss §§ 123, 143 BGB anfechten, um ihn rückgängig (§ 142 BGB) zu machen, um das Recht dem Betrüger wieder zu entziehen. Nicht um das Recht kann es also dem Betrüger zu tun sein, nicht das Recht bildet das Angriffsobjekt, sondern der dem Recht zu Grunde liegende Gegenstand, der dem Vermögen ohne Entgelt entzogen wird, so dass das Vermögen überhaupt, der Inbegriff der geldwerten Güter, verletzt wird.

gibt es wirtschaftliche Güter, die gemeinhin als Vermögensbestandteile angesehen werden, die aber trotzdem nicht eigentlich Gegenstand oder Inhalt eines Rechtes sind, so der persönliche Kredit, ferner der Ruf und die Kundschaft einer Firma, wofür als Façon oft enorme Preise bezahlt werden, der Besitz.[1]) Auch der Besitz des Diebes ist ein geldwertes Gut, gehört also zum Vermögen, wie wohl er ihn zu Unrecht hat. Könnte der Besitz des Diebes deswegen, weil er ihm wieder entzogen werden kann, nicht Vermögensbestandteil sein, dann gäbe es auch — falls man sich die Bereicherungsabsicht in das Stadium der Vollendung gerückt denkt — keinen Betrug: denn wenn der Besitz, den man zu Unrecht hat, der einem wieder entzogen werden kann, kein Vermögenswert ist, dann kann der Betrüger sein Vermögen niemals bereichern, dann gibt es keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil. Wohl aber ist der rechtlich nicht anerkannte, ja missbilligte Anspruch gemeinhin kein geldwertes Gut. Aus welchem Grunde, das ergibt sich am besten aus einer Gegenüberstellung mit den sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten. Derjenige, dem Spielgewinn und Ehemäklerlohn gebühren, hat weder Anspruch (Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 7), noch Klagrecht. Trotzdem wird man derartige Forderungen als geldwerte Güter ansehen, denn sie sind erfüllbar und es besteht ein moralischer Zwang zur Befriedigung des Gläubigers; Spielschulden sind Ehrenschulden und auch den Ehemäklerlohn wird kein Mensch, der etwas auf sich hält, auf sein gutes Recht pochend, vorenthalten. Ganz anders bei „Ansprüchen", die auf unsittlichen und gesetzwidrigen Rechtsgeschäften beruhen. Nichts ist vorhanden, was solche Ansprüche als Werte erscheinen liesse. Damit ist übrigens für unsere Frage, wenigstens für die Hauptfälle (Hingabe von Geld zu Bestechungszwecken, behufs Beschaffung von Abtreibungsmitteln), noch nichts entschieden; weshalb, davon wird im folgenden noch ausführlich die Rede sein.

Wenn so Vermögen der Inbegriff der geldwerten Güter einer Person ist, wenn das Vermögen Einheit ist, dann ist es

[1]) Lauterburg, S. 187, Doerr S. 18 und 56.

klar, dass eine Beschädigung des Vermögens dann noch nicht vorliegt, wenn ein einzelner Gegenstand, ein einzelnes Gut verletzt wird, wenn nur an dessen Stelle gleichzeitig ein Ersatz tritt; es muss vielmehr, wenn man von Vermögensbeschädigung soll reden können, eine Verringerung des Gesamtwertes der in Geld abschätzbaren Güter eingetreten sein. Diese wird vermittelt durch eine Disposition, durch ein Rechtsgeschäft (in Betracht kommen hauptsächlich Verträge) des Betroffenen, nicht als ob die Vermögensbeschädigung als äusserer Erfolg zur Disposition hinzutrete, es handelt sich bei Ermittlung der Vermögensbeschädigung viel mehr „um die durch Berechnung festzustellende Bedeutung der Disposition, eine Qualität, einen Reflex derselben".[1]) Berücksichtigt man ausserdem noch, dass die Disposition des Betroffenen durch Irreführung verursacht sein muss, so kann man mit Hereinziehung dieses Momentes die Vermögensbeschädigung definieren als die Verringerung des Gesamtgeldwertes der Güter einer Person, welche die durch Täuschung (Irreführung) verursachte Disposition mit sich bringt.[2])

Handelt es sich um Liberalitäten, dann ist notwendigerweise mit der Disposition auch eine Vermögensverringerung gegeben; anders bei einseitigen und zweiseitigen (gegenseitigen) onerosen Verträgen (Darlehen — Kauf, Tausch). Hier stehen sich Leistung und Gegenleistung gegenüber, beide sind zu berücksichtigen. Ist überhaupt keine Gegenleistung gewährt worden, dann ist immer ein Schaden gegeben; wie aber, wenn zwar ein Aequivalent gewährt wird, doch nicht dasjenige, was erwartet wurde, wenn der eine Vertragsteil übervorteilt wurde, wenn z. B. an Stelle eines englischen ein Solinger Messer, statt der Versicherung auf feste Prämien eine Versicherung bei einer Gesellschaft auf Gegenseitigkeit, statt des Grundstücks mit ungekündigter Hypothek ein solches mit gekündigter, statt eines Grundstückes von 20 Morgen nur eines von 18 Morgen gewährt wird? Halten sich Leistung und Gegenleistung, Gewinn und Verlust, Wert und Gegenwert die Wage, so liegt keine Ver-

[1]) So treffend Hegler RvD. S. 425 Note 4.

[2]) RG Bd. 16 S. 3 Gerichtssaal Bd 43 S. 366.

mögensbeschädigung vor. Ist dies nicht der Fall, dann ist eine Verringerung der geldwerten Güter und somit eine Vermögensbeschädigung gegeben. Bei der Wertsermittlung sind die individuellen Verhältnisse des Vermögensinhabers zu berücksichtigen. Wichtig ist auch die Unterscheidung, ob es sich um Betrug bei Eingehung oder bei Erfüllung eines Vertrags handelt. Hat z. B. ein Kunsthändler eine Kopie eines Rembrandtbildes, die ein Schüler des Meisters gemalt hat, einem anderen als echten Rembrandt verkauft, aber um einen Preis, den die Kopie wert ist, dann halten sich trotz der Täuschung Leistung und Gegenleistung die Wage, das Vermögen ist nicht beschädigt. Hatte aber der Kunsthändler wirklich einen echten Rembrandt verkauft, und bei der Versendung das Bild mit einer Kopie eines Schülers des Meisters vertauscht und der Käufer hat sie angenommen, so ist sein Vermögen beschädigt, auch wenn das Schülerbild den bezahlten Preis wert ist. Denn in dem Moment, wo der Kaufvertrag perfekt war, hatte sich der Wert des Vermögens des Käufers um den Wert des Rembrandtbildes abzüglich der dafür gezahlten Summe vermehrt, mit der Annahme des Schülerbildes ging ihm dieser Mehrwert wieder verloren, sein Vermögen ist also beschädigt.[1])

Diese Ausführungen decken sich im Grossen und Ganzen mit den Anschauungen die das Reichsgericht in dem grundlegenden Beschluss der vereinigten Strafsenate vom 20. April 1887 (Bd. 16 S. 1 ff.) entwickelt. So wenig wie hier ist in einer der folgenden Entscheidungen (Bd. 16, 17, 18, 19) der Satz zu

---

[1]) RG 16 S. 10, GS 43. Bd. S. 384 ff.; gegen diese Unterscheidung Schlesinger S. 74 ff., S. 88 ff. Wenn Schlesinger unter Anderem einwendet, durch die Annahme eines Betrugs bei Eingehung eines Vertrags komme man zu dem unsinnigen Resultat, dass durch eine Täuschungshandlung bei einmaliger Vermögensbeschädigung 2 Betrugsdelikte geschaffen würden, Betrug bei Eingehung und bei Erfüllung des Vertrags, so ist dies nicht stichhaltig. Allerdings muss der Betrüger, um zu seinem Ziel zu kommen, die Täuschung bis ins Erfüllungsstadium fortsetzen. Deswegen braucht man aber nicht dazu zu kommen, zwei Betrugsdelikte anzunehmen, so wenig wie man, wenn der Dieb in rechtswidriger Zueignungsabsicht weggenommen hat, ausser dem Diebstahl auch noch eine Unterschlagung annimmt, wenn er seine Absicht zur Ausführung bringt und sich die Sache wirklich aneignet.

lesen, dass beim Betrug die Schädigung in der Nichtgewährung des Aequivalentes liege. Er findet sich erst in der in der Einleitung näher besprochenen Entscheidung, Bd. 19 S. 186. Offensichtlich haben hier die Gedanken, die Adolf Merkel in den §§ 10 ff. seines bedeutenden Werkes über die „Lehre vom strafbaren Betrug" entwickelt, grossen Einfluss ausgeübt. Merkel sagt: „Der Irrtum muss sich als die eigentliche Quelle der Verletzung darstellen. Die irrigen Voraussetzungen, von welchen der Getäuschte ausgeht, müssen derart sein, dass derselbe sich mit seiner Handlung keinen Nachteil zugefügt haben würde. Die Handlung des Getäuschten, durch welche der verbrecherische Erfolg vermittelt wird, soll in der Vorstellung des Betrogenen im Moment der Tat eine seinen Interessen entsprechende sein. Dies setzt voraus, dass sie mit Bezug auf irgend welche Aequivalente materieller oder idealer Art erfolge, in Bezug auf deren Existenz oder Erreichbarkeit er im Irrtum ist." Die Auffassung Merkels von der Funktion des Irrtums ist also bestimmend für seine Auffassung der Ermittlung des zum Betrug nötigen Erfolges, der Vermögensbeschädigung. Bei ihrer Ermittlung „kommt es nicht mehr auf die Beschaffenheit des vom Betrogenen Gegebenen, wie auf die des vorgespiegelten Aequivalentes an; der Geber ist überall nur insofern verletzt, als sich der Gegenwert in Bezug auf welchen er gibt, als ein illusorischer erweist." (S. 322.) Hier ist offenbar die Quelle der reichsgerichtlichen Anschauung, dass die Schädigung in der Nichtgewährung des Aequivalentes liege. Diese Ansicht ist nicht richtig. Wenn jemand um ein Darlehen geprellt wird, so erblickt man die Schädigung in der Hingabe des Geldes, nicht in der ausgebliebenen Gegenleistung. Wenn jemand eine Sache gekauft hat und seiner vorgefassten Absicht gemäss den vereinbarten Kaufpreis nicht gezahlt hat, so wird der Richter nicht ermitteln, was der Käufer für die Sache bezahlen wollte und dies als Schaden ansetzen, sondern den Wert der Sache, der sich allerdings häufig genug mit dem vereinbarten Kaufpreis decken wird. Selbst Schriftsteller, die im Resultat in unseren Fällen mit dem Reichsgericht übereinstimmen, billigen die Argu-

mentation des Reichsgerichts nicht, wonach die Schädigung im Ausbleiben der Gegenleistung liege (z. B. Kohler S. 45).

Noch deutlicher aber — und damit kommen wir zu einem neuen Punkt — zeigt sich das Unrichtige der Merkel'schen Ansicht bei den Liberalitäten. Diese sind für uns deshalb von grosser Wichtigkeit, weil unsere Fälle, soweit es sich nicht überhaupt um Liberalitäten handelt, eine gewisse Aehnlichkeit mit ihnen aufweisen. Der Hauptfall ist der Bettelbetrug. Statt zu sagen, bei der Hingabe von Geld an einen Bettler liegt immer eine Vermögensbeschädigung vor, und dann weiter zu ermitteln, ob der erforderliche Willensmissbrauch vorhanden ist, wie das richtig das Reichsgericht tut (vgl. E. 4 S. 352, E. 6, S. 360), kommt Merkel infolge seiner Anschauung, dass sich der Irrtum immer auf ein Aequivalent beziehen müsse, dazu, ein ideales Aequivalent zu konstruieren, das die Genugtuung bilde, die die Milderung menschlicher Leiden den Barmherzigen gewährt. Werde das Aequivalent gewährt, dann liege kein Betrug vor wenn nicht, — spiegle der Bettelnde seine Gebrechlichkeit und Dürftigkeit nur vor — dann sei das Delikt des § 263 gegeben. In der Tat handelt es sich aber gar nicht um ein Aequivalent, sondern um die Frage, ob der erforderliche Willensmissbrauch vorhanden sei oder nicht, eine Frage, die beim Kausalzusammenhang zu würdigen ist. Dieses subjektive Moment wird objektiviert; wird der Wille geachtet, dann ist ein Aequivalent für die hingegebenen Vermögenswerte gegeben, ist er missachtet, dann ist kein Aequivalent gegeben. Diese Vermengung von subjektiven und objektiven Momenten zeigt sich noch deutlicher bei Johannes Merkel S. 23. Er sagt, bei der Bettelei beruhe die Vermögensbeschädigung in der unfreiwilligen Veräusserung von Gegenständen. Natürlich müsse — und das liege ja schon in dem Worte unfreiwillig ausgedrückt — der Getäuschte eben durch die Vorspiegelung zur Schenkung veranlasst worden sein. Die Unfreiwilligkeit schafft also die Vermögensbeschädigung, mit der Unfreiwilligkeit ist aber auch der Kausalzusammenhang gegeben; sowohl der Begriff der Vermögensbeschädigung wie das Willensmoment, der Kausalzusammenhang, kommen hier

zu kurz. Wir haben schon hervorgehoben, dass das Reichsgericht beim Bettelbetrug die richtige Ansicht vertritt. Um so verwunderlicher ist es, dass es sich in unserer Frage, wo ja auch das Vermögen „freiwillig" gemindert wird, einer ähnlichen Verquickung von Vermögensbeschädigung und Kausalzusammenhang schuldig macht, wie Merkel. So, wenn es (42 Bd. S. 60) von einer objektiven Vermögensbeschädigung spricht, die irrelevant sei, woraus sich deutlich ergibt, dass es in die Vermögensbeschädigung subjektive Momente hineinträgt, oder wenn es, wie im ersten Kapitel erwähnt, des öfteren sagt: „Derjenige, der sich eine solche im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen lässt, muss als einer behandelt werden, der sein Vermögen im Bewusstsein mindert, dass eine Gegenleistung im Rechtssinne unmöglich sei, also ohne jede Rücksicht auf Gegenleistung" und diesen Satz vorbringt im unmittelbaren Anschluss an die Darlegung, dass eine Vermögensbeschädigung nicht vorliege und gewissermassen als Unterstützung dieser Darlegung, während es sich hier doch um eine andere Frage handelt, die Frage des Kausalzusammenhanges. Dem gegenüber ist daran festzuhalten, dass die Frage des Kausalzusammenhanges und der Vermögensschädigung nicht ineinanderfliessen. Freilich hängen sie innig zusammen und deshalb haben wir den Kausalzusammenhang ausdrücklich in die Definition mit hereingenommen. Und selbst in solche Definitionen, die ihn scheinbar ausschalten, ist er hereingezogen. So z. B. wenn Binding L. 1, S. 359 die Ansicht des Reichsgerichts über den Vermögensschaden also wiedergibt: „Schaden ist ihm (d. h. dem Reichsgericht) einfach eine Differenz zwischen dem Gesamtwert desselben Vermögens zu zwei Zeitpunkten: ist dieser Wert nach einem bestimmten Ereignis — sagen wir nach einem Vertragsabschluss — kleiner als vorher, so liegt Schaden vor, sonst nicht." Aber welches Ereignis ist denn massgebend? Es ist das Ereignis, das Rechtsgeschäft, das die Irreführung verursacht hat, also auch hier das Hereinspielen des Kausalzusammenhanges. Das alles darf aber nicht dazu führen, zu vergessen, dass es „für den Begriff der Vermögensbeschädigung ohne Belang ist, ob sie durch

Täuschung herbeigeführt ist oder nicht, dass § 263 St. G. B. zwischen den Merkmalen der Täuschung und der Vermögensbeschädigung keine weitere Relation erfordert, als die der Kausalität" (so ausdrücklich der Korreferent GS 43. Bd. S. 437). Wenn man aber behauptet, die freiwillige Vermögensminderung sei keine Vermögensbeschädigung, die unfreiwillige sei Vermögensbeschädigung, so macht man sich der Nichtbeachtung des voraufgeführten Satzes schuldig und gelangt so weder zur richtigen Würdigung des einen noch des anderen Merkmales. Es ist daran festzuhalten, dass Vermögensbeschädigung die Verringerung des Gesamtgeldwertes des Vermögens ist, mag sie freiwillig oder unfreiwillig geschehen. Der gewöhnliche Sprachgebrauch freilich sieht eine freiwillige Vermögensverringerung nicht als Schädigung an, es kommt vor, dass er „selbst in dem Falle nicht von Vermögensschädigung spricht, wenn eine Ausgabe zweifellos und bedingungslos eine reine Verminderung des Vermögens bewirkt" (GS 43. Bd. S. 421). Das kann nicht hindern, dass die Jusisprudenz eine Vermögensbeschädigung annimmt. Uebrigens wird es Fälle geben, wo selbst im Falle der freiwilligen Vermögensminderung auch der gewöhnliche Sprachgebrauch von einer Vermögensschädigung spricht. Wenn, wie es Balzac im sechsten Band seiner „menschlichen Komödie" so meisterhaft schildert, die Kurtisane dem alten steinreichen Baron Nucingen, der rasend in sie verliebt ist, viele Hunderttausende, die er sich während seines Lebens durch rastlose Arbeit erworben hat, ablockt, ohne dass er irgend etwas erreichte, wird da das Volk, der Sprachgebrauch nicht von Vermögensschädigung reden! Nicht anders liegt es für den Juristen, wenn jemand einem Bettler ein Almosen gibt; auch dann ist sein Vermögen geschädigt.[1])

Nicht darum handelt es sich bei derartigen „freiwilligen" Vermögensverringerungen, ob eine Vermögensbeschädigung im

[1]) Vgl. Waag GS 31. Bd. S. 242. „Der Verfasser bejaht die Frage, ob auch durch Schenkung, durch freiwillige Verringerung des Vermögens das letztere beschädigt werde, unbedenklich." Auch Hälschner S. 250 N. 1. (nicht ganz damit übereinstimmend die Ausführungen auf S. 249) und Frank S. 438.

Sinne des Gesetzes vorliegt, sondern ob der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und schädigender Disposition gegeben ist.

c.

Dies führt uns zur Behandlung des

Kausalzusammenhangs zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung [1])

und insbesondere zur Untersuchung der Frage, ob der erforderliche Kausalnexus dann vorhanden sei, wenn jemand bewusst sein Vermögen schädigt. Adolf Merkel hält, wie bereits erwähnt, den Kausalnexus nur dann für gegeben, wenn „die Handlung des Getäuschten durch welche der verbrecherische Erfolg vermittelt wird, in der Vorstellung des Betrogenen im Moment der Tat eine seinen Interessen entsprechende ist." Der Ausdruck Interesse ist jedoch zu unbestimmt; er ist es, der zu dem von uns abgelehnten „idealen Aequivalent" führt. An anderer Stelle (HH S. 729 ff.) führt er aus: „Bei der Erpressung ist es die Furcht vor einem angedrohten grösseren Uebel, die die Selbstbeschädigung herbeiführt, bei dem Betrug ein die Beschädigung verdeckender Irrtum." [2]) Das ist allerdings die Regel, dass dies aber das Wesen des Delikts erfordere, wie Merkel zu glauben scheint, ist nicht anzunehmen. „Es ist wohl nicht notwendig und im Gesetz nicht angedeutet, dass die Täuschung sich gerade auf die Vermögensbeschädigung beziehen müsse." (Hegler Rv. D. S. 438 N. 6). Anders als Merkel und die ihm folgenden zahlreichen Schriftsteller argumentiert Frank

[1]) Das Verdienst die Wichtigkeit der Untersuchung des Kausalzusammenhangs gerade für unsere Frage hervorgehoben zu haben, gebührt Zeiler (Liszt Zeitschr. 28. Bd. S. 482 ff.).

[2]) Ebenso schon Glaser S. 258. „Der Unterschied zwischen Erpressung und Betrug besteht darin, dass in dem einen Fall auf den Irrtum oder die Unwissenheit des Beschädigten hin gehandelt wird, dass er nur darum das, was von ihm erwartet oder verlangt wird, realisiert, weil er über den Schaden, der damit verbunden ist, in Irrtum ist, während er sich umgekehrt im Fall der Erpressung des Nachteils, welcher aus seinem Nachgeben erwächst, vollkommen bewusst ist, sich ihn aber aus Furcht vor einem grösseren Uebel zufügt".

(S. 438). Auch er glaubt, dass die Irrtumserregung sich auf die Vermögensbeschädigung beziehen müsse, findet sie aber nicht so fast im Wesen des Delikts begründet, als vielmehr in allgemeinen Grundsätzen. Aus den Bestimmungen des Gesetzes über Anstiftung und Beihilfe schliesst er, dass durch das vorsätzliche (vorsätzlich = des Erfolges bewusst) Eintreten eines Anderen in die Kausalität, der Kausalzusammenhang unterbrochen werde (S. 20, 21). Dies gelte auch für den Betrug. Nehme der Getäuschte eine Vermögensdisposition mit dem Bewusstsein ihrer schädigenden Wirkung vor, dann sei der Kausalzusammenhang unterbrochen. Nicht der Täuschende habe das Vermögen geschädigt, sondern der Geschädigte selbst. Es wird richtig sein, dass die freie und vorsätzliche Handlung des Zurechnungsfähigen rechtlich stets den Eindruck einer neuen, selbständigen Kausalreihe bedeutet (so die Formulierung bei von Liszt S. 128) aber gerade für den Betrag ist damit nicht bewiesen. Das Charakteristische ist doch hier, dass ein frei wollender Mensch (der Geschädigte) vom Täter als Werkzeug benützt wird[1]). Und das kann auch dann der Fall sein, wenn sich der Betreffende der schädigenden Wirkung seiner Disposition bewusst ist, vorausgesetzt, dass er wider seinen wahren Willen[2]) gehandelt hat. Allerdings sind derartige Betrugsfälle etwas anders als die gewöhnlichen gelagert. Für den Bettelbetrug führt dies Adolf Merkel (Kr. Abh. S. 217 No. 4 — mit anderen Ausführungen, insbesondere über das ideale Aequivalent allerdings nicht recht übereinstimmend) treffend mit folgenden Worten aus: „Aus der freiwilligen Vermögensverminderung ohne Entgelt folgt nicht, dass keine rechtswidrige Vermögensbeeinträchtigung vorliege (denn jene freiwillige Veräusserung ist in einer für den Getäuschten verletzenden Weise herbeigeführt) wohl aber dass hier nicht der vermögensrechtliche Wille als solcher, gegen welchen im übrigen die Eigentumsverbrechen gerichtet sind, sondern diejenige Seite des Willens getroffen erscheint, der das Motiv der unentgeltlichen Zuwendung entstammt." Aehnliche Erwägungen

[1]) Vgl. hiezu Birkmeyer GS 37. Bd. S. 277 u. 346.

[2]) Hegler Rv. D. S. 438 N. 6.

haben auf unsere Fälle, in denen ja auch in der Regel bewusste Vermögensminderungen vorliegen, Anwendung zu finden, wie wir später noch sehen werden.

Die von uns vertretene Anschauung will neben dem Angriff auf den Willen eines Anderen auch die Beeinträchtigung fremden Vermögens „objektiv" festgestellt wissen. Man hat sie deshalb als „objektive" Anschauung bezeichnet.

d. Die sogenannte subjektive Theorie der Vermögensbeschädigung.

Den Gegensatz bildet die sogenannte subjektive Theorie, die eine Schädigung stets dann annimt, wenn der Getäuschte eine vorteilhafte oder nachteilige Verfügung nicht getroffen hätte, wäre er nicht durch den Täuschenden dazu bewogen worden. Wenn dem entgegengehalten wird[1]), niemand falle es ein den als betrogen zu erachten, der nicht zu seinem Nachteil getäuscht worden sei, so ist dies richtig, und stimmt auch mit dem Sprachgebrauch überein, aber wann und ob ein Nachteil vorliegt, das exakt festzustellen unterlässt die subjektive Theorie; sie legt vielmehr das Hauptgewicht auf die Verletzung des Willens des Verfügenden, so dass man in der Tat sagen kann, es sei ihr gleichgültig, ob die Verfügung nachteilig oder vorteilhaft gewesen sei. In der Regel allerdings werden in den Beispielen solche Fälle aufgeführt, denen man es auf den ersten Blick ansieht, dass der Verfügende sich einen Nachteil zugefügt hat, aber eine Untersuchung darüber, ob ein Nachteil vorliegt, findet niemals statt. Die Darlegungen wenden vielmehr ihr Augenmerk ausschliesslich der Willensverletzung zu. So sagt z. B. Rotering im G. A. 47. Bd. S. 420: „Jede Veränderung in dem Rechtsgütervorrat — seine blosse Verminderung ohne jede Rücksichtnahme auf etwaige Ausgleichung an anderer Stelle — bildet das Fundament, das den Deliktstatbestand gebären lässt, falls seine allgemeinen Merkmale als gegeben zu erachten sind. Als ein solches fungiert die Rechtswidrigkeit in dem Sinne, dass die Neugestaltung der Sachlage wider das Recht nicht bloss

[1]) Binding L. 1 S. 358 N. 3.

praeter legem sich vollzieht, oder in dem Sinne, dass sie nur ohne Recht erfolgt, aber wider den wahren Willen des Berechtigten. Eine Veränderung in dem Bestand der verkehrsfreien Güter wird durch den Willen des Berechtigten legalisiert.“ Und Seite 422: „Jede Vermögensveränderung, die wider das Recht vorgeht, mindestens ohne Recht und wider den wahren Willen des Berechtigten, ist Vermögensbeschädigung.“ Wann aber ist denn eine Vermögensveränderung wider das Recht? Wenn sie vom Recht missbilligt wird; missbilligt aber wird sie in der Regel dann, wenn sie wider den wahren Willen des Berechtigten erfolgt. Daraus ergibt sich, dass nach dem Standpunkt dieser Theorie die wider den wahren Willen des Berechtigten erfolgende Vermögensveränderung in der Regel Vermögensbeschädigung ist. Damit ist die Vermögensbeschädigung, das Resultat langer Entwicklung, aufgegeben, der Nachdruck liegt auf der Missachtung des Willens, auf dem Willensmissbrauch.

Rotering knüpft bei seinen Ausführungen hauptsächlich an Binding an. Die Fehler der sog. subjektiven Theorie, oder wie sie Rotering nennt, der historisch rechtlichen Schule, treten bei Binding nicht so scharf hervor, wie bei Rotering. Nichts destoweniger vernachlässigt auch er das Moment der Vermögensbeschädigung auf Kosten der Willensmissachtung und des Willensmissbrauchs; er führt anscheinend ein auf festen Grundlagen ruhendes, durch nichts zu erschütterndes, solides Gebäude auf und doch sind seine Anschauungen nicht haltbar.

Vermögen ist ihm die Summe aller Vermögensrechte einer Person und nicht der Gesamtheit aller dieser Rechte, sondern einem einzelnen von ihnen gilt der Angriff. Beschädigt aber sei der, dem nicht geleistet werde, worauf er für seine Gegenleistung einen Rechtsanspruch habe, seien das nun ideale oder reale Aequivalente[1]). Stets handle es sich um ein Minus im Rechtssinne, niemals um wirtschaftlichen Schaden. Wer einem Bettler 3 Mark schenke oder eine Locke seines verstorbenen Vaters für 20 Mark erwerbe, der sei nur dann geschädigt, wenn

[1]) Vgl. hierüber wie über das folgende namentlich L. 1, S. 356 ff.

sich diese idealen Aequivalente als illusorisch erwiesen. Offensichtlich ist hier ein zu starkes Gewicht auf den Willensmissbrauch gelegt; mag er vorhanden sein oder nicht, derjenige, der dem Bettler 3 Mark schenkt, ist geschädigt, mag der Bettler ein Preller oder ein bedürftiger Mann sein; wer eine geldunwerte Sache, eine Locke seines toten Vaters, für 20 Mark erwirbt, ist geschädigt, mag die Locke echt oder falsch sein. Aber ob er durch einen anderen geschädigt wurde, ob der erforderliche Kausalzusammenhang vorhanden ist, das ist die Frage. Wurde er nicht durch einen anderen geschädigt, sondern hat er sich selbst die Schädigung zugefügt, hat er seinem wahren Willen gemäss gehandelt, dann kümmert sich das Recht natürlich um die Schädigung nicht; denn jeder kann mit seinem Vermögen anfangen, was er will. Aber das ändert nichts an der Tatsache der vorhandenen Schädigung. Wer das nicht zugibt und im Falle der Täuschung doch die Möglichkeit einer Vermögensbeschädigung annimmt, ist inkonsequent. Nehmen wir an, der Sohn hat eine angebliche Locke seines verstorbenen Vaters um 20 Mk. gekauft und hat sich 9 Jahre ihres Besitzes gefreut. Dann stirbt er. Jetzt stellt sich heraus, dass die Locke falsch war, dass der Sohn angelogen wurde. Soll man nunmehr eine Verfolgung wegen Betrugs einleiten, weil der Sohn sein ideales Aequivalent nicht erhalten hat? Er hat es doch gehabt und jetzt hat niemand an der Locke ein Interesse mehr.

Im übrigen gilt hier dasselbe, was gegen Adolf Merkel gesagt wurde.

Einleuchtender erscheinen die Ausführungen Bindings über die gegenseitigen Verträge, wenn veräussert wird gegen ein anderes Vermögensrecht oder gegen Befreiung von einer Last; auch dann sei der geschädigt, der nicht erhalte, was er von Rechtswegen beanspruchen könne. So sei geschädigt, wer statt eines englischen ein Solinger Messer, statt eines Bauernhauses ein Wirtshaus, statt eines Grundstücks mit gewissen an der Landstrasse gelegenen zu Baustellen geeigneten Parzellen, ein Grundstück ohne diese Parzellen bekomme. Falsch sei die (auch von uns vertretene) Theorie des Reichsgerichts, dass hier

ein Betrug dann nicht vorliege, wenn die falschen Vorspiegelungen bei Eingehung des Vertrages gemacht worden seien und Leistung und Gegenleistung gleichen Wert hätten. „Nicht erst durch den Vertrag erwerben die Parteien Rechte gegeneinander, sondern schon durch die Vorberedungen: und diese gehen dahin, dass sie den Vertrag so schliessen wie er beredet ist, dass insbesondere der Verkäufer kontraktmässig die Leistung übernehme, die er gegen den offerierten Kaufpreis zu übernehmen versprochen hat. Es geht nicht an, dass der Verkäufer eines Grundstücks, der den Käufer durch die Lüge, es gehörten gewisse an der Landstrasse gelegene, zu Baustellen geeignete Parzellen zum Kaufobjekt, zum Vertragsabschluss bewogen hat, beim Richter Gehör finde, mit dem frivolen Einwand, er habe zwar durch diese Lüge den Käufer „gemacht", aber betrogen habe er nicht, der Kaufpreis sei auch so noch ein angemessener (E 9, S. 362 ff.) Gewiss hat niemand ein Recht, durch Kauf einen Profit zu machen: aber durch die Vorberedungen des Kaufes kann jemand ein solches für den Fall des Kaufabschlusses erlangen. Und somit kann er auch durch den Kaufabschluss darum betrogen werden[1])."

Man hat diesen Ausführungen Bindings entgegengehalten[2]), es sei nicht richtig, dass die Parteien durch die Vorberedungen Rechte gegeneinander erwürben, falls nicht ein eigentlicher Vorvertrag abgeschlossen sei. Das ist allerdings zutreffend. Aber diese unbestreitbare Tatsache kann auch Binding nicht entgangen sein. Er muss also, wenn er sagt, dass nicht erst durch den Vertrag die Parteien Rechte erwürben, etwas anderes gemeint haben. Binding knüpft bei seinen Ausführungen offenbar an M. Stenglein G. S. 40. Bd., S. 114 ff. an, dessen Erörterungen uns deshalb auch den richtigen Weg weisen werden. Die Strafsenate des Reichsgerichts, so sagt Stenglein, wollten als Objekt des Vertrags nur das wirklich übertragene mit all seinen Eigenschaften und Modalitäten anerkennen, die versprochenen und vorgespiegelten Eigenschaften aber deshalb

[1]) Binding L. I, S. 359.

[2]) So Fröschmann, S. 31 ff., Hegler Rv. D., S. 426 N. 1 und 2.

ausschliessen, weil der Getäuschte erst durch den Vertrag überhaupt Rechte erlangt habe, durch diesen aber nur das Objekt, wie es eben liege. Das sei nicht richtig. Wenn jemand ein Objekt mit bestimmten zugesicherten Eigenschaften anbiete, darüber ein Vertrag zu stande komme und dieser das gleiche Objekt, aber mit ganz anderen Eigenschaften als das erworbene behandeln wolle, dann liege Betrug vor. Vertragsobjekt sei dasjenige, über welches sich die Kontrahenten bei der Unterhandlung (gemeint sind die Vorberedungen) geeinigt hätten, und zwar so beschaffen, wie es der Täuschende darbietet.

Eine Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen 63. Bd. S. 110) mag zeigen, ob das alles richtig, oder ob und inwieweit es falsch ist. Wir geben den Tatbestand mit einigen kleinen Aenderungen wieder:

Die Beklagten verkauften dem Kläger ihre Grundstücke die nach dem Grundbuch einen Flächeninhalt von 18,529 kulmischen Morgen hatten, durch notariellen Vertrag vom 7. November 1903 und schlossen in dem Vertrag die Gewährleistung aus. Der Preis wurde auf 37000 Mk. festgesetzt. Der Kläger behauptete jedoch arglistig getäuscht und um mindestens 2000 Mk. dadurch geschädigt worden zu sein, dass der verklagte Ehemann bei Abschluss des Vertrags die Grösse der Grundstücke wider besseres Wissen auf 20 kulmische Morgen angegeben habe.

Der Wert der Grundstücke betrug nach Sachverständigen-Gutachten in ihrer katastermässigen Grösse 37000 Mk., bei Zugrundelegung von 20 kulmischen Morgen 39500 Mk.

Die auf Zahlung von 2000 Mk. nebst 4 % Zinsen gerichtete Klage wurde vom Reichsgericht für begründet erachtet.

Eine Vermögensbeschädigung im strafrechtlichen Sinne liegt, da sich Leistung und Gegenleistung die Wage halten, nach der herrschenden Lehre nicht vor. Anders aber beurteilt den Fall das Zivilrecht.

„Die Versicherung des verklagten Ehemannes, so sagt das Reichsgericht, die Grundstücke hätten eine Grösse von 20 kulmischen Morgen, habe nicht die Bedeutung einer vertrags-

mässigen Zusage, weil sie in den notariellen Vertrag nicht aufgenommen worden sei. Ein Anspruch auf Gewährung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags nach den §§ 468, 463 Satz 1 BGB komme daher nicht in Frage".

Es ist also nicht richtig, dass, wie Stenglein meint, Objekt des Vertrags das Grundstück mit den versprochenen oder vorgespiegelten Eigenschaften sei; Objekt des Vertrags ist vielmehr das wirklich vorhandene mit all seinen Eigenschaften und Modalitäten. Erst durch den Vertrag erlangt der Getäuschte Rechte; durch diesen aber nur das Objekt wie es eben liegt. Da die Eigenschaft nicht im Vertrag zugesichert ist, kann er auch nicht nach Massgabe der Grundsätze über den Kauf Schadensersatz verlangen.

Das Reichsgericht fährt aber weiter fort:
„Der Betrogene hat nach §§ 823, 826 GBG. ein Recht auf Schadensersatz. Er kann (beim Vertrag bestehen bleiben und) nach § 249 BGB. das positive Vertragsinteresse, die Herstellung des vertragsmässigen Zustandes, wie er ohne den Betrug sich gestaltet hätte, verlangen. Hatte er infolge des Betrugs sich zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises verstanden, so kann er die Ermässigung oder den Ersatz bis zu dem Betrage verlangen, den er vertragsmässig ohne den Betrug gegeben hätte. (Ausserdem wird in der Ueberschrift auch noch auf die Vorschrift über den entgangenen Gewinn § 252 BGB. hingewiesen). Insofern kann man also in der Tat sagen, der Käufer habe nicht erst durch den Vertrag, sondern schon durch die Vorberedungen für den Fall des Kaufsabschlusses Rechte erworben.

Aber wenn man auf Grund dessen, dass das Privatrecht hier einen Schaden annimmt und Ersatzansprüche zubilligt, auch einen Schaden nach dem Strafrecht annimmt, so konstruiert man eine Abhängigkeit vom Zivilrecht, die nicht gerechtfertigt ist. Niemand hat noch behauptet, dass immer dann, wenn das Zivilrecht eine Schädigung und Betrug annimmt, dies auch das Strafrecht tun müsse. Darauf aber läuft die Ansicht Stengleins und die mit ihr sich deckende Bindings hinaus. Mit Recht sagt Hälschner (S. 252): „Daraus, dass eine Täuschung im Betreff

besonderer erwarteter und zugesicherter Eigenschaften zivilrechtliche Folgen nach sich zieht, folgt noch nicht, dass sie auch dem Tatbestand des strafbaren Betrugs entspreche.“ Wenn hier nach der herrschenden Lehre vielmehr „eine Diskrepanz zwischen dem Zivilzwang und dem Strafzwang in die Erscheinung tritt, so ist dies die unausbleibliche Folge des Umstandes, dass das Strafrecht gegenüber dem Zivilrecht eine ergänzende Bedeutung hat, komplementären Gepräges ist. Strafe soll erst dann eintreten, wenn das Rechtsbewusstsein, welches im Volke lebt, sich mit der reinen vermögensrechtlichen Ausgleichung nicht für befriedigt erklärt, eine Strafpflicht des Staates zur Abwendung einer für die Allgemeinheit erwachsenden sozialen Gefahr behauptet wird. Solange aber trotz der durch Irrtum veranlassten Disposition Gewinn und Entgelt noch auf gleicher Höhe bleiben, ist das Rechtsempfinden noch nicht in so schroffer Weise verletzt und es soll daher beim bürgerlichen Gesetz sein Bewenden haben. Die zivilrechtliche Ausgleichung aber hat einzutreten und zwar deshalb, weil, wenn auch das Vermögen in seiner Gesamtheit nicht verringert worden ist, doch der Wille des Betroffenen in solchen Fällen missachtet ist.[1])“ Binding aber genügt diese Willensmissachtung, um eine Vermögensbeschädigung und Betrug, gemäss § 263 R. St. G. B. anzunehmen.

e. Das Verhältnis der Vermögensbeschädigung zum Privatrecht.

Die letzten Auseinandersetzungen haben uns zur Erörterung des Verhältnisses des Begriffs der Vermögensbeschädigung zum Zivilrecht hinüber geführt. Das Vermögensrecht hat ja hauptsächlich, wenn auch nicht ausschliesslich, im Zivilrecht seinen Sitz und so ist es klar, dass sich von selbst die Frage erhebt, ob das Zivilrecht Einfluss habe auf den strafrechtlichen Begriff der Vermögensbeschädigung und damit des Betrugs und welcher Art etwa dieser Einfluss sei. Zivilrecht und Strafrecht haben verschiedene Aufgaben. Während das Privatrecht dem Schutz

[1]) So Rotering (wohl mehr referierend als seine eigene Ansicht gebend) im Archiv für bürgerl. Recht 33. Bd. S. 50 ff., vgl. auch Hegler Rv. D. S. 527.

des Einzelnen dient, ist das Strafrecht dazu berufen, dem Schutz der Gesamtheit zu dienen. Im Strafrecht ist als Subjekt der verletzten Interessen der Staat, die staatliche Gesamtheit zu denken[1]), und unter Berücksichtigung dieses Umstandes kann man den Betrug definieren als ein „Delikt gegen das staatliche Interesse an den Verhältnissen des Einzelnen, dem befriedeten Stand der Individualssphäre hinsichtlich des Vermögens.[2])" Daraus ergibt sich, dass es falsch ist zu sagen, nur da wo eine zivilrechtliche Klage gegeben sei, könne eine rechtlich beachtliche Vermögensbeschädigung und Betrug vorliegen[3]). Das bedeutet eine Uebertragung zivilrechtlicher Gesichtspunkte in das anderen Interessen dienende Strafrecht, die durch nichts gerechtfertigt ist. Und doch wird diese Ansicht in unserer Frage vom Reichsgericht insbesondere vom II. Senat, vertreten, der nur dann eine Vermögensbeschädigung anerkennen will, wenn ein zivilrechtliches Rückforderungsrecht gegeben ist. Diese Anschauung steht aber in Widerspruch mit der anderweitigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes. Es verlohnt sich die in Betracht kommende häufig zitierte Entscheidung (24. Bd. S. 171) kurz wiederzugeben. „Die Revision bestreitet, dass der Angeklagte den Bäckermeister K., so beginnt das Urteil, in einer Weise getäuscht habe, die dessen Vermögen zu schädigen geeignet war, indem geltend gemacht wird, die Vorspiegelung, die von ihm an K. verkaufte Kuh sei trächtig, habe keine Gewährschaft für diese Eigenschaft, also keinen zivilrechtlichen Anspruch des K. begründet, und wenn eine Vorspiegelung keine zivilrechtliche Haftung begründe, so könne auch von strafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht die Rede sein; dieser letzte auf Hälschner gemeines deutsches Strafrecht Bd. 2 S. 264 ff. gestützte Satz ist insofern nicht zu bestreiten. als die strafrechtlichen und zivilrechtlichen Folgen des Betrugs regelmässig miteinander Hand in Hand gehen. Vgl. Windscheid Pandekten §§ 275 ff. 326 Ziff. 1. Aber nirgends ist davon die Rede, die zivilrecht-

[1]) Hegler Prinzipien S. 38 und die zahlreichen dort zitierten Autoren.
[2]) Hegler l. c. S. 53 u. Rv. D. S. 408 N. 1.
[3]) Hälschner S. 256, Johannes Merkel S. 18 ff.

lichen Wirkungen der Täuschung zu einem Begriffsmerkmal des strafrechtlich verfolgbaren Betrugs zu machen[1]). Für das Strafrecht kommt gemäss § 263 St. G. B. nur die tatsächliche Wirkung in Betracht. Es ist darum gleichgültig, ob die Versicherung, die Kuh sei trächtig, den Käufer zur Anstellung der Gewährschaftsklage berechtigte; objektiv entscheidend war nur die Tatsache, dass der dadurch erregte Irrtum den Käufer zum Kaufabschluss bestimmte, der sein Vermögen schädigte."

Diese Ausführungen, die sich vollkommen mit den bisher entwickelten decken, bedürfen nur einer Einschränkung. Im allgemeinen wird es genügen festzustellen, dass eine wider den wahren Willen einer Person erfolgte Vermögensbeschädigung, eine Verringerung des Inbegriffs der geldwerten Güter vorliegt. Diese wird in der Regel rechtlich missbilligt, die rechtliche Missbilligung ist jedoch nicht etwa in jedem einzelnen Fall zu prüfen. Es ist aber möglich, dass das Recht eine Vermögensbeschädigung billigt, oder sie doch als irrelevant erachtet. Das wird sich bei der engen Verknüpfung von Vermögensrecht und Privatrecht in der Regel aus letzterem ergeben; kann aber nicht aus der blossen Nichtgewährung einer Klage geschlossen werden. Das ist allerdings richtig, wenn das Privatrecht eine Klage, sei es aus § 826 BGB oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung gewährt, so ist das ein deutliches Zeichen dafür, dass keine Ausnahme von der Regel vorliegt, dass vielmehr die Vermögensbeschädigung, wie gewöhnlich, rechtlich missbilligt wird[2]). Das be-

[1]) Im Original nicht durch Sperrdruck hervorgehoben.

[2]) Aehnlich Merkel Kr. Abh. S. 265/66. „Wo nach zivilrechtlichen Grundsätzen eine gewisse Art und Weise des Handelns keine Verletzung fremder Vermögensrechte in sich schliesst, da kann eine solche auch in strafrechtlichem Sinne nicht darin gefunden werden". Merkel will damit ebensowenig wie wir sagen, dass der strafrechtliche Betrug den zivilrechtlich zu verfolgenden zur Voraussetzung habe. Auch Binding sagt L. 1 S. 355, dass das Strafrecht, so weit es sich um Schädigung von Privatrechten handle, keine Vermögensbeschädigung annehmen können, die das massgebende bürgerliche Recht leugne, will aber damit ebensowenig wie Merkel behaupten, dass zivilrechtliche Klage und strafbare Vermögensbeschädigung immer Hand in Hand gehen müssten, stellt vielmehr (l. c. S. 241 N. 2) ausdrücklich den Satz auf, es gebe strafbare Vermögensbeschädigungen, aus denen das Zivilrecht keine Ersatzforderung gebe.

deutet aber keine unzulässige Abhängigkeit vom Zivilrecht, scheint mir vielmehr trotz Betonung des Einflusses des Zivilrechtes auf das Strafrecht dem eigenartigen Charakter des letzteren vollkommen gerecht zu werden.

2. Der rechtswidrige Vermögensvorteil.[1])

Während es das römische Recht für den Betrug bei einer rechtswidrigen Vermögensbeeinträchtigung genügen liess, zählen der Sachsenspiegel (Art. 13 Buch 2) und die peinliche Gerichtsordnung Karls V. (Art. 113, 114, 115) nur solche Fälle auf, in denen sich der Täter durch Schädigung fremden Vermögens einen unerlaubten Vorteil verschaffen will.[2]) Auch die peinliche Landgerichtsordnung Ferdinands III. (Art. 94) und die Theresiana (Art. 72 § 1, 6) beschränken den Betrug auf gewinnsüchtige Vermögensbeeinträchtigung. Die späteren deutschen Gesetze zeigen keine Uebereinstimmung, doch „wenn man nicht lediglich die gesetzlichen Definitionen des Verbrechens, sondern die gesamte Behandlung derselben ins Auge fasst, so bleibt kaum ein Zweifel, dass die Gesetzgeber im Allgemeinen beim Betrug zunächst die gewinnsüchtige spezies vor Augen haben und dass, wenn sie mit dieser das nichtgewinnsüchtige Verbrechen zusammenwerfen, dies zum Teil dem Einfluss der gemeinrechtlichen Lehre, zum Teil rein äusserlichen Umständen (dem Nichtunterbringenkönnen der letzteren species), nicht ihrem juristischen Takte zuzuschreiben sei.“ Deutlich verlangt bereits das preussische Landrecht von 1793, wie Temme S. 92 ff. seiner Schrift vom strafbaren Betrug überzeugend nachweist, dass die Absicht des Täters auf unrechtmässigen Gewinn, auf unerlaubten Vorteil gerichtet sei. Seinen Spuren folgte das preussische Strafgesetzbuch von 1851, in dem es für den Betrug eine gewinnsüchtige Absicht erforderte. Und an dieses knüpfte wiederum das deutsche Reichs-Strafgesetzbuch an, die „gewinnsüchtige Absicht“ verwandelnd in die „Absicht, sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil

[1]) Um die Klärung dieses Momentes hat sich besonders Merkel Verdienste erworben; vgl. Kr. Abh. S. 90 ff. u. S. 115 ff., sowie H. H. S. 772 ff. S. 773 ff.

[2]) Temme S. 93.

zu verschaffen.“ Aber auch die ausländischen Gesetze lassen es in der grossen Mehrzahl nicht bei der blossen Vermögensbeschädigung genügen, verlangen vielmehr, dass die Vermögensbeschädigung in Bereicherungsabsicht geschehe, (Siehe die Aufzählung bei Hegler Rv. D. S. 520 N. 5 ff. u. S. 521 N. 1) oder sie verlangen gar objektives Vorliegen eines Vermögensvorteiles auf Seiten des Täters.

Es ist klar, dass es sich bei einem Moment, das seit vielen Jahrhunderten und bei den meisten Völkern eine Rolle spielt, auch da, wo dies nicht schon die Fassung des Gesetzes zeigt, nicht um das höchstens für das Strafausmass bedeutsame Merkmal des Motivs handelt[1]), sondern um ein selbständiges Unrechtsmoment, das dem Delikt erst sein eigenartiges Gepräge verleiht. „Der rechtswidrige Vorteil auf Seiten des Betrügers hat denselben objektiven Charakter, wie die rechtswidrige Benachteiligung, in welcher er sein Korrelat hat.“[2]) Das Charakteristische des Betrugs liegt darin, dass der Täter nicht lediglich einem fremden Vermögen Werte rechtswidrig entziehen will, sondern dass er dies tun will, um die Werte seinem eigenen Vermögen zuzuführen. „Auf der Basis fremder Schädigung will der Täter seinen Reichtum aufbauen, er will einen Vorteil erlangen ohne Recht und zugleich auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenlage eines anderen, durch Verwandlung des rechtswidrigen Schadens in rechtswidrigen Nutzen.“[3]) Die Art und Weise der Erlangung macht den Vorteil zu einem rechtswidrigen;[4]) rechtswidrig ist der Vermögensvorteil, d. h. die Vermehrung des Inbegriffs der geldwerten Güter, wenn er erlangt wird durch wider den wahren Willen erfolgende Vermögensbeschädigung einer

---

[1]) Dies nimmt z. B. an Gryzciecki S. 139.

[2]) Merkel Kr. Abh. S. 96.

[3]) Binding L. 1 S. 364 u. Normen 1 S. 219 (alte Aufl. S. 120 ff.). Normen 2. S. 561.

[4]) Wenn Binding L. 1 S. 363 sagt: „Nicht das Mittel der Erlangung macht den Vorteil rechtswidrig, sondern er ist dies objektiv und macht seinerseits das Mittel zu einem verbotenen“, so will das wohl hauptsächlich der Ansicht vorbeugen, als genüge das Mittel der Täuschung, um den Vorteil als einen rechtswidrigen erscheinen zu lassen.

anderen Person.[1]) Definiert man so, so kann man wohl darauf verzichten zu sagen, dass der Vermögensvorteil neben anderem ohne Recht d. h. ohne dass ein Rechtsanspruch auf ihn besteht (Binding Normen 2 S. 562) erreicht sein müsse; denn wenn z. B. der Verkäufer absichtlich einen Kaufkontrakt zu seinem Nachteil abschliesst (derartige Fälle veranlassen Binding einen rechtswidrigen Vermögensvorteil nur dann anzunehmen, wenn der Vorteil ohne Recht erlangt ist, (vgl. l. c. S. 561) dann liegt zwar eine Vermögensbeschädigung vor, aber doch kein rechtswidriger Vermögensvorteil des Käufers, denn es fehlt das Merkmal der Erlangung wider den wahren Willen.

Es ergibt sich aber aus der angenommenen Begriffsbestimmung weiter, dass die Vermögensbeschädigung und der Vermögensvorteil in Wechselbeziehung stehen müssen, dass der Vermögensvorteil die Kehrseite der rechtswidrigen Beschädigung fremden Vermögens bilden, dass ein genaues Sichentsprechen von Abwenden und Zuwenden stattfinden muss[2]) (womit natürlich nicht gesagt ist, dass auch der ökonomische Effekt auf beiden Seiten der gleiche sein müsse. Man denke z. B. nur daran, dass jemand durch Betrug dem Nachbarn ein Stück seines Grundes entzogen habe, das zur Vervollständigung seines eigenen Grund und Bodens dient, für ihn also einen viel höheren Wert darstellt). Das wird von der Rechtsprechung des Reichsgerichts geleugnet. So setzten in einem Fall die Lieferanten für die Hofküche auf Veranlassung der Köche, „um die Kundschaft nicht zu verlieren“ zu hohe Beträge in die Rechnungen ein, lieferten diese Rechnungen ab, empfingen das Geld und gaben das, was ihnen nicht gebührte, an die Hofköche ab. Sie wurden wegen Betrugs bestraft, wobei der rechtswidrige Vermögensvorteil, den sie sich verschaffen wollten, in der Erhaltung der Kundschaft der Hofköche gesehen wird. Dass der den Getäuschten entzogene Vermögenswert nicht zugleich der

---

[1]) Uebereinstimmend wohl Merkel H. H. S. 772, Brombacher S. 43.

[2]) Merkel H. H. S. 373, Binding L. 1 S. 364, Berner S. 586, Meyer-Allfeld S. 482, Hegler Rv. D. S. 433.

vom Täuschenden erstrebte Vorteil sei, sei gleichgültig (Rspr. 3. Bd. S. 302). Oder ein anderes Beispiel. Dem Angeklagten, der Leiter einer Brauerei war, war wegen schlechter Beschaffenheit des von ihm hergestellten Bieres und des infolge davon zurückgehenden Konsums der Gehalt gekürzt und Dienstentlassung angedroht worden. Andererseits hatte der Angeklagte bei einem Jahresverbrauch von über 40 000 hl eine Tantième zu beanspruchen. Er setzte nun in die für die Entrichtung der Nachsteuer (die Steuer war durch Fixationsvertrag geregelt) massgebenden Brauregister erheblich geringere Quantitäten verbrauchten Malzes ein, als wirklich vermaischt wurden. Er hoffte nämlich durch Erhöhung des Malzinhaltes des Bieres den Konsum zu steigern, wollte aber seinem Dienstherrn gegenüber, dem die Brauregister als Kontrolle über die in der Brauerei verbrauchten Mengen selbst erzeugten Malzes diente, unterdrücken, wie viel Malz er verbrauchte. Der falsche Eintrag in die Brausteuerlisten hatte die Folge — und dessen war sich der Angeklagte auch bewusst — dass die Steuerbehörde über die Höhe der schuldigen Brausteuer getäuscht, und der Steuerfiskus um die nicht gebuchten und der Nachversteuerung entzogenen Beträge geschädigt wurde. Das Reichsgericht (E. 27 Bd S. 220) nimmt Betrug an und sieht die Vermögensbeschädigung in der dem Staate entzogenen Steuer, den Vermögensvorteil in der Erhaltung der Stellung und den eventuellen Tantièmen. Also auch hier Betrug, obwohl Vermögensbeschädigung und rechtswidriger Vermögensvorteil weder dem Betrag, noch der Substanz nach zusammenfallen. Dagegen verneint das Reichsgericht (E. 5. Bd. S. 477) das Vorliegen des Betrugs in folgendem Falle. Jemand hatte sich für einen anderen gegen Belohnung einsperren lassen und es waren so dem Staat doppelte Kosten erwachsen, einmal aus der Vollstreckung gegen denjenigen, der sich anstatt des Verurteilten gestellt hatte, und dann gegen den wirklichen Verurteilten. Dass hier das Reichsgericht keinen Betrug annimmt, ist vollkommen inkonsequent (vgl. mit Recht gegen diese Entscheidung Rommel S. 104, der folgerichtig auch hier Betrug annimmt). Aber warum es das nicht tut, hat seine guten Gründe.

Würde man hier, wo Vermögensbeschädigung und Vermögensvorteil so gar nichts mit einander zu tun haben, Betrug annehmen, dann wäre der Charakter des Betrugs als Bereicherungsdelikts vollständig verwischt; jemand, der so handelt, wie es der Angeklagte in E. 5 S. 277 getan hat, entspricht nicht dem Volkstypus des Betrügers. Aber ebensowenig wie in diesem Fall hätte das Reichsgericht in den anderen voraufgeführten Fällen und den übrigen, die sich dazu gesellen, (Rspr. 6. Bd. S. 463, G. A. 38. Bd. S. 203) Betrug annehmen dürfen. Man kann eben nur dann, wenn man annimmt, dass Vermögensbeschädigung und Vorteil einander entsprechen müssen, zu einer einheitlichen und richtigen Entscheidung aller Fälle kommen. Die falsche Anschauung des Reichsgerichts wird getragen von der Annahme, es liege ein rechtswidriger Vermögensvorteil schon immer dann vor, wenn auf den Vorteil kein Recht bestehe. Schon das preussische Obertribunal hat in einer Entscheidung vom 13. März 1872 diesen Standpunkt eingenommen. Dort wird jeder Vermögensvorteil nur dann für nicht rechtswidrig erklärt, „wenn ein sowohl seiner Existenz als seinem Umfang nach anerkannter oder bereits unzweifelhaft festgestellter Anspruch der geschädigten Person gegenüber bestand und wenn der erstrebte Vermögensvorteil das Mass dieses Anspruches nicht übersteigt".[1]) Obwohl darin ein Wahrheitskern stekt,[2]) so ist diese Ansicht doch falsch. Nicht alles, worauf man kein Recht hat, ist deshalb rechtswidrig; niemand hat ein Recht auf Okkupation, dennoch ist der durch Okkupation erlangte Vorteil nicht rechtswidrig. Niemand hat ein Recht beschenkt zu werden, verpflichtet sich aber jemand zur Schenkung, so erhält der andere einen Vorteil. Die Rechtfertigung seiner Entscheidung, die das Reichsgericht in E. Bd. 26 S. 353 versucht, ist misslungen.[3]) Es sagt: „Die Revision beruft sich zur Widerlegung dieser Begriffsbestimmung (rechtswidrig

---

[1]) Dagegen die meisten, vgl. namentlich neuerdings Heine, Liszt Zeitschr. 29. Bd. S. 661. Mit dem Reichsgericht übereinstimmend Mugler S. 34, Fröschmann S. 25.

[2]) Kitzinger S. 97.

[3]) Das hebt auch Binding L. 1 S. 363 N. 5 hervor.

sei jeder Vermögensvorteil, auf dem ein Rechtsanspruch nicht auf die sprachliche Bedeutung des Wortes rechtswidrig, besteht) auf die sprachliche Bedeutung des Wortes rechtswidrig, das nicht gleichbedeutend sei mit „ohne Recht", sondern einen Gegensatz zum Rechte, eine Rechtsverletzung, ausdrücke. Sie übersieht dabei, dass das Recht alle Vermögensverhältnisse dermassen beherrscht, dass jeder Vermögenserwerb, dem das Recht die Anerkennung versagt, eine Verletzung des Rechts enthält. Wer einen Vermögensvorteil erlangt, auf den er keinen rechtlichen Anspruch hat, hat ihn so lange rechtswidrig, bis die Sanktion des Rechtes hinzutritt." Wenn ohne Recht gleich wäre ohne objektives Recht, wäre die Deduktion richtig, aber nach dem Reichsgericht ist ohne Recht gleich ohne Rechtsanspruch (subjektives Recht) und was ohne Rechtsanspruch erlangt wird, dem wird vom Recht die Anerkennung nicht immer versagt (Beispiel: Okkupation).

Zur Klärung und Vervollständigung muss noch auf einige andere Ansichten kurz hingewiesen werden. Merkel stellt in H. H. S. 733, 772 neben seine ursprüngliche Definition, der die von uns gegebene ähnlich ist, noch eine andere: Rechtswidrig sei der Vermögensvorteil, wenn das Objekt, auf das es sich beziehe, nicht den Gegenstand eines dem Handelnden zustehenden Rechtsanspruchs bilde und dem Vermögen eines Anderen in einer den privatrechtlichen Grundsätzen widersprechenden Weise entzogen wurde. Letzteres sei in der Regel der Fall, wenn die Entziehung wider den wahren Willen des Berechtigten erfolge. Als Ausnahmen werden angeführt der Handwerker, der sich einen Auftrag zu verschaffen weiss, der einem Anderen zugedacht war, ihn aber zur Zufriedenheit ausführt: derjenige, der sich für einen Andern gegen Lohn einsperren lässt. Im einen Fall fehlt es eben an der Vermögensbeschädigung, im anderen Fall an der Wechselwirkung zwischen Vorteil und Nachteil. Es ist also damit nichts Neues gesagt. Ebensowenig führt die Anschauung Kitzingers, ein rechtswidriger Vermögensvorteil sei dann vorhanden, wenn der Vorteil durch das ausserstrafrechtliche Recht missbilligt werde, zu einem von dem unsrigen abweichenden

Resultat. Das Ergebnis der Anwendung dieses Satzes auf den § 263 ist nämlich das, dass der Vermögensvorteil immer dann rechtswidrig sei, wenn der übrige Tatbestand des § 263 gegeben sei (S. 102), was wohl nichts anderes heissen soll, als rechtswidrig sei der auf die wider den wahren Willen erfolgte Vermögensbeschädigung eines Anderen zurückzuführende Gewinn. Nicht übereinstimmen aber können wir mit der Ansicht Franks, die er in Liszt Zeitschrift 14. Bd. S. 393 ff. und in der 3. 4. Aufl. seines Kommentars S. 364 entwickelt. Danach ist nämlich jeder Vermögensvorteil rechtswidrig, den der Gewährende im Wege Rechtens zurückverlangen kann [1]) Das mag in der Regel richtig sein, aber notwendig ist dies nicht. Ein Vorteil kann sehr wohl rechtlich missbilligt, rechtswidrig sein, ohne dass das Zivilrecht ein Rückforderungsrecht gewährt. Es gilt hier dasselbe, was schon oben bei der Vermögenbeschädigung gesagt wurde. Uebrigens hat Frank in der 5.—7. Aufl. (S. 141) seine Anschauung modifiziert [2]) und kommt nunmehr dazu, für rechtswidrig einen Vermögensvorteil zu erklären, insofern er vermögensschädigend ist, eine Ansicht, die der unsrigen nahe steht.

III.

Unsittliche und gesetzwidrige Rechtsgeschäfte.

Unsittlich kann ein Rechtsgeschäft einmal wegen seines Inhalts sein, z. B. wenn jemand einer Frauensperson für ihre geschlechtliche Hingabe 100 M. verspricht, oder aber weil der Zweck des Geschäftes wider die guten Sitten verstösst, so wenn jemand einem andern eine grössere Summe schenken will, damit er sie zu einem Schwindelunternehmen verwendet, oder endlich, wenn der Abschluss des Geschäftes moralwidrig ist; das ist dann der Fall, wenn ein an sich nicht unmoralisches Verhalten unter Rechtszwang gestellt wird; jemand verspricht z. B. gegen Geld zu heiraten oder die Religion zu wechseln. Wenn nur der

[1]) Aehnlich Waag G. S. 31. Bd. S. 250.

[2]) Nähere Ausführungen hierüber würden zu weit führen. Es gilt Frank vor allem, eine brauchbare Definition für die Erpressung zu gewinnen. Der Betrug spielt eine untergeordnete Rolle. Vgl. auch Liszt Zeitschr. 29. Bd. S. 639 ff.

eine oder andere Teil gegen die guten Sitten verstösst, so liegt kein unsittliches Rechtsgeschäft vor, z. B. dann nicht, wenn der eine Teil den andern bei Abschluss des Geschäftes betrügt. Ebensowenig liegt in diesem Fall ein gesetzwidriges Rechtsgeschäft vor. Auch dann ist kein gesetzwidriges Rechtsgeschäft gegeben, wenn nur die eine der zum Geschäftsabschluss notwendigen Willenserklärungen gegen ein Verbot verstösst, so wenn z. B. ein Kaufmann während der Stunden, in denen der Laden geschlossen sein müsste, etwas verkauft, oder wenn ein Armer dem Gesetz zuwider bettelt. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Gesamttatbestand verbotswidrig ist, wobei zu beachten ist, dass es, soferne Strafgesetze in Betracht kommen, nicht auf die Verletzung des betr. Gesetzes, sondern auf die Verletzung der diesem zu Grunde liegenden Norm ankommt. Naturgemäss fliessen unsittliche und gesetzwidrige Rechtsgeschäfte vielfach ineinander, auch die Rechtsprechung nimmt keineswegs immer eine reinliche Scheidung vor.

Im einzelnen Fall wird natürlich bei unserer Frage stets sorgfältig zu untersuchen sein, ob ein unerlaubtes Rechtsgeschäft vorliegt. Für die prinzipielle Untersuchung der Frage, ob bei unsittlichen und gesetzwidrigen Rechtsgeschäften Betrug möglich sei, ist bedeutungsvoller als die Darlegung, wann ein Vertrag unsittlich oder gesetzwidrig sei, die Erörterung darüber, welche rechtliche Reaktion bei Vorliegen eines unsittlichen oder gesetzwidrigen Rechtsgeschäftes eintritt.

Das unsittliche Rechtsgeschäft ist immer, das gesetzwidrige Rechtsgeschäft in der Regel („soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt"), nichtig. (§§ 138, 134 BGB.) Vereinbart also eine Dirne mit dem, welchem sie sich hingibt, einen Preis von 100 M., so hat sie keine Klage auf Erfüllung. Schliesst jemand mit einem andern einen Vertrag über Lieferung von Abtreibungsmitteln, so kann weder der eine Teil sein Geld, noch der andere seine Ware verlangen. Das ist unbestritten. Fraglich aber ist, ob auch die Erfüllung unsittlicher Rechtsgeschäfte unsittlich sein könne, so wenn z. B. jemand auf Grund eines Ver-

trags über Lieferung von Abtreibungsmitteln Geld hingegeben hat. Gerade die Beantwortung dieser Frage ist für uns von Wichtigkeit. Das Erfüllungsgeschäft ist ein abstraktes Geschäft, losgelöst von der causa, dem Rechtsgrund, die causa aber verleiht dem Rechtsgeschäft erst die Farbe, sie kann es erst zu einem unsittlichen machen. „Eigentum und Besitz, sie mögen erworben sein wie sie wollen, sie liegen auf neutralem Boden." (Kohler cit. bei Philipp, Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, I. Bd. S. 420). Die Frage ist deshalb zu verneinen. Verstösst aber der Annehmende gegen die guten Sitten, — und das wird in der Regel bei Erfüllung unsittlicher Rechtsgeschäfte der Fall sein — dann hat der Leistende ein Rückforderungsrecht, wenn nicht auch ihm Verstoss gegen die guten Sitten zur Last fällt, eine Ausnahme von dem ersten Satz, die bei Leistungen aus unsittlichen Rechtsgeschäften gewöhnlich Platz greifen wird. (Vgl. § 817 BGB.) Das Gesetz gibt dem Leistenden, wenn der Empfänger gegen die guten Sitten verstösst, deshalb ein Rückforderungsrecht, weil trotz Vorhandenseins eines formellen Erwerbsgrundes ein materieller Rechtsgrund nicht vorhanden ist und weil derjenige, der einen Vorteil in einer wider die guten Sitten verstossenden Weise erworben hat, dieses Vorteils nicht geniessen soll; das Gesetz will die verwerfliche Gesinnung des Empfängers treffen, um im Volksleben den Sinn für gute Sitten zu förden. (Motive zum Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 2, 2. Aufl. S. 849.) Es entzieht dieses Rückforderungsrecht wieder, wenn auch der Leistende sich eines Verstosses gegen die Sittlichkeit schuldig macht, weil er dann einer Klage unwürdig ist. Es wäre aber falsch daraus zu folgern, dass das Gesetz die Vermögensverschiebung billige, oder dass sie rechtlich unbeachtlich wäre, es wird lediglich aus praktischen Gründen keine Rückforderungsklage gegeben, nicht mehr und nicht weniger. Es besteht kein Grund, demjenigen, der auf Grund eines unsittlichen Rechtsgeschäftes eine Sache hingegeben hat, aber vom Empfänger geprellt worden ist, die Schadensersatzklage nach § 826 BGB. zu verweigern. Das ist allerdings nirgends ausgesprochen und scheint nicht anerkannt zu werden. Man scheint

vielmehr aus der Versagung der Rückforderungsklage die Versagung jeder Klage überhaupt zu schliessen. Aber selbst, wenn dies richtig sein sollte, so kann jedenfalls aus der Verweigerung der Rückforderungsklage nicht geschlossen werden, dass jemand, der anlässlich eines unsittlichen Rechtsgeschäftes das Vermögen eines Anderen wider dessen wahren Willen verringert hat, straflos ausgehen soll. Heisst das nicht den Sinn eines Gesetzes, das deshalb aufgestellt ist, um im Volke den Sinn für gute Sitten zu stärken, mit Füssen treten, wenn man auf Grund dieses Gesetzes Leute, die andere in unverschämter Weise betrügen, straflos ausgehen lässt? Und gerade auf den Sinn des Gesetzes scheint es mir bei Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften auf strafrechtliche Fälle anzukommen. Wer das nicht zugibt, sondern die zivilrechtlichen Vorschriften ohne weiteres auf strafrechtliche Fälle anwendet, der kommt dazu, wenn jemand einem anderen bares Geld hingegeben hat und dabei geprellt worden ist, keinen Betrug anzunehmen, hat er ihm aber einen Wechsel hingegeben, dann läge Betrug vor.[1]) Denn der § 817 BGB. gewährt das Rückforderungsrecht auch demjenigen, der durch seine Leistung gegen die guten Sitten verstösst, wieder, wenn die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht. Damit wäre also nach der Lehre des Reichsgerichts auch ein Betrug wieder möglich. Dass eine derartige Unterscheidung strafrechtlich völlig ungerechtfertigt ist, dürfte einleuchten.

Wir haben bisher bloss von der Erfüllung unsittlicher Geschäfte gesprochen. Mit ein paar Worten sei noch der Erfüllung gesetzwidriger Verträge gedacht. Verstösst ein obligatorischer Vertrag wider ein gesetzliches Verbot, dann wird gewöhnlich auch die Leistung, die auf Grund dieses Vertrages gemacht wird, gegen das Gesetz verstossen und deshalb nichtig sein. So wenn jemand mit einem anderen ausmacht, er solle ihm das, was er aus einem Diebstahl erlangt, verkaufen und dieser verkauft es ihm dann. Vertrag und Leistung verstossen wider das Gesetz. Oder: Jemand stiftet einen andern mittels Geschenken zum Morde an. Dann ist nicht nur das Versprechen, sondern auch die Hin-

[1]) Schon Jehle S. 71 N. 3 weist darauf hin.

gabe des Geldes nichtig. Der Hingebende hat einen Eigentumsanspruch, nicht aber eine Rückforderungsklage; denn diese kann nur Platz greifen, wo eine Vermögensverschiebung vorliegt, eine solche aber liegt, da das Geschäft nichtig ist, nicht vor; die Sache ist im Eigentum des Leistenden geblieben, mit der Eigentumsklage kann er sie zurückverlangen. In derartigen Fällen müsste also auch das Reichsgericht Betrug annehmen, denn eine Klage ist ja gegeben.[1])

IV.

Ist bei unsittlichen und gesetzwidrigen Rechtsgeschäften Betrug möglich?

a) Entwicklung der eigenen Ansicht.

Es erübrigt, die gewonnenen Ergebnisse auf die eingangs geschilderten typischen Fälle anzuwenden.

Hat der Täter einem andern versprochen, ihm Abtreibungsmittel oder falsche Münzen zu liefern und sich Geld geben lassen, aber die Absicht und Möglichkeit der Erfüllung nur vorgespiegelt, oder hat jemand einem anderen vorgemacht, es stünde in seiner

[1]) Ich setze als bekannt voraus, dass es sich beim Verhältnis der §§ 134 u. 138 BGB. zum § 817 BGB. um äusserst bestrittene Fragen handelt. Die Darstellung ist in der Hauptsache Oertmann gefolgt; eine Darlegung der verschiedenen Ansichten würde zur Klärung unserer Frage wohl kaum etwas beitragen, sondern nur verwirrend wirken. Nur kurz sei darauf hingewiesen, dass Dernburg bürgerl. Recht, 2. Bd. 2. Abt. S. 661 annimmt, die Leistung, die auf Grund eines unsittlichen Geschäftes erfolge, sei ebenfalls unsittlich, so dass der Leistende seine Gabe vindicieren könne, sei ihm aber das nicht mehr möglich, weil die Sache etwa verbraucht sei, dann habe er ein Rückforderungsrecht, dessen Umfang § 817 BGB. in besonderer Weise bestimme. Danach müsste also das Reichsgericht, wenn die Sache vorhanden und die Eigentumsklage gegeben ist, Betrug annehmen, wenn sie verbraucht ist, nicht! Wieder anderer Ansicht ist Förster: Das Recht, 9. Jahrg. S. 356ff. Er meint, dass bei zugrunde liegendem unsittlichen obligatorischem Rechtsgeschäft auch das Leistungsgeschäft unsittlich sei, dass es es aber darum nicht nichtig sei; nichtig sei nur der obligatorische Vertrag. Das Leistungsgeschäft sei gültig und es werde dem Leistenden lediglich ein Rückforderungsrecht gewährt. Diese Ansicht hat etwas Bestechendes, lässt aber die scharfe Unterscheidung zwischen Unsittlichkeit des Geschäftes und Unsittlichkeit des einen oder andern Vertragsteils vermissen, eine Unterscheidung, deren Wichtigkeit bereits Lotmar in seinem grundlegenden Werke „Der unmoralische Vertrag" S. 50ff. hervorhebt.

Macht, Beamte zu beeinflussen und sich hiezu Geld geben lasssn, so liegt zunächst zweifellos eine Vorspiegelung falscher Tatsachen vor. (Zu der Vorspiegelung der Absicht und Möglichkeit der Erfüllung gesellt sich überdies in der Regel noch unterstützend die Vortäuschung anderer Tatsachen).

Aber auch die anderen Tatbestandsmerkmale des Betrugs sind gegeben.

Zuvörderst die Vermögensbeschädigung. Im Falle der Bestechung liegt eine Liberalität vor und hier ist deshalb das Vermögen immer geschädigt. Nicht viel anders liegt der Fall, wenn jemand Geld gegen das Versprechen von Abtreibungsmitteln und dgl. hingibt, also ohne dass er im Moment der Hingabe des Geldes einen rechtlich anerkannten Anspruch erhielte. Denn auch dann ist sein Vermögen geschädigt; der rechtlich nicht anerkannte Anspruch ist kein Gut, sein Vermögen, der Inbegriff seiner geldwerten Güter, ist also um das dem Täuschenden Geleistete geringer geworden. Der so vorhandene Vermögensschaden wird auch nicht wieder ausgeglichen.

Er ist auch nicht etwa rechtlich gebilligt oder rechtlich unbeachtet. Es kann hier füglich auf das in den unmittelbar vorhergehenden Kapiteln Gesagte verwiesen werden. Ja in dem Falle, dessen Nichtbestrafung das Reichsgericht hauptsächlich auf die Versagung des Rückforderungsrechtes stützt, im Falle der Hingabe der Gelder zu Bestechungszwecken dürfte ein gesetzwidriges und deshalb nichtiges Rechtsgeschäft vorliegen, so dass hier immer eine Klage, die Eigentumsklage, gegeben ist. Das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung ist also hier ausdrücklich anerkannt.

Ebenso wie die Vermögensbeschädigung ist auch der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Irreführung und Schädigung in unseren Fällen gegeben und zwar auch dann, wenn der Betroffene sich der Schädigung bewusst war. Wenn jemand Gelder hergibt, damit der Täuschende den Richter oder andere Beamte besteche, so hat er zwar sein Vermögen bewusst geschädigt; denn jede Liberalität (und eine solche liegt anch vor bei Schenkungen aus egoistischen Rücksichten) schädigt das

Vermögen. Aber das Vermögen ist wider den wahren Willen des Betroffenen geschädigt worden; hätte der Täter nicht vorgespiegelt, dass er mittels des Geldes den Richter beeinflussen und so den Prozess zu gunsten des Betroffenen wenden könne, dass er den Wärter bestechen und so den Bruder aus dem Gefängnisse befreien könne, dann hätte der Betroffene die Geldsumme nicht hingegeben, sein Vermögen wäre nicht verringert worden. „Wenn es dem Einzelnen gestattet sein muss, Liberalitäten zu üben und unnütze Ausgaben zu machen, so darf es nicht einem Dritten gestattet sein, ihm Liberalitäten oder unnütze Ausgaben durch betrügerische Vorspiegelungen abzulisten.“ (G. S. 43. Bd. S. 421.) Aehnlich wie bei den Liberalitäten verhält es sich in den übrigen Fällen, so wenn jemand sich Abtreibungsmittel oder falsche Münzen versprechen lässt und sie nicht erhält. Auch wenn der Betroffene weiss, dass er sein Vermögen im Moment der Hingabe schädigt, so erwartet er doch eine Gegenleistung und nur ihretwegen gibt er geldwerte Vermögensstücke hin. Hätte ihm der Täter nicht vorgespiegelt, dass er die Gegenleistung machen werde, dann hätte der Betroffene die schädigende Disposition nicht vorgenommen. Allerdings wird in diesen Fällen anders wie beim gewöhnlichen Betrug, nicht der vermögensrechtliche Wille als solcher, sondern die motivische Seite des Willens getroffen. Das was sich der Täter versprechen lässt, sind keine Vermögenswerte. Nicht als ob Abtreibungsmittel und falsche Münzen keinen Vermögenswert haben könnten. Wenn die Abtreibungsmittel als Heilmittel oder die falschen Münzen zur Reklame oder als Spielzeug dienen, so können sie sehr wohl Werte darstellen, nicht aber wenn die Abtreibungsmittel zu verbrecherischen Zwecken dienen, die falschen Münzen als echte unters Publikum gebracht werden sollen. Denn Gegenständen, die, wie Abtreibungsmittel, von der Polizei, die die Aufgabe hat, Verbrechen vorzubeugen, jederzeit beschlagnahmt werden können (vgl. § 102 bayer. Ausführungsgesetz zur Strafprozessordnung), falschen Münzen, die vom Richter eingezogen werden können, gleichviel, wem sie gehören und ob eine Verurteilung stattfindet oder nicht (§ 152 St. G. B.), wird man keinen

Vermögenswert zuerkennen können. Wenn also der Betroffene weiss, dass er im Moment der Hingabe des Geldes sein Vermögen schädigt und nur eine derartige geldunwerte Gegenleistung erwartet, so ist nur die motivische Seite des Willens getroffen, wenn der Täter sein Versprechen nicht hält. Etwas anders verhält sich die Sache, wenn der Täter vorspiegelt, er werde Geld oder geldwerte Sachen liefern, so z. B., wenn der Verbrecher dem Mechaniker für die Anfertigung von Diebshandwerkzeugen Geld verspricht. Auch hier weiss der Betroffene, dass er sich zunächst schädigt. Er hätte aber die Schädigung nicht vorgenommen, wenn er nicht einen Ausgleich, einen Vermögenswert erwartet hätte. Hier kann man sagen, es sei der vermögensrechtliche Wille verletzt, trotzdem der Betroffene wusste, dass er sich schädigte, zum mindesten hat die motivische Seite des Willens vermögensrechtlichen Charakter.

Wenn so der erforderliche Kausalzusammenhang vorhanden ist, falls der Betroffene sich des schädigenden Erfolges seiner Handlungsweise bewusst war, dann um so mehr, wenn dies nicht der Fall ist.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich im Zusammenhalt mit dem über den rechtswidrigen Vermögensvorteil Entwickelten, dass es auch an diesem Begriffsmerkmal in den besprochenen Fällen nicht mangelt. Der Täter hat das Vermögen einer anderen Person wieder deren wahren Willen geschädigt und hat das, was er dieser Person entzogen hat, in sein Vermögen übergeführt. In seinem Vermögen ist das enthalten, worum er den anderen vermittels Täuschung geschädigt hat, die so erlangte Bereicherung ist eine rechtswidrige.

Da somit sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 263 R. St. G. B. gegeben sind, hat in allen bisher erwähnten Fällen Bestrafung wegen Betrugs zu erfolgen.

Kein Betrug ist dagegen anzunehmen, wo jemand, seiner vorgefassten Absicht entsprechend, eine Dirne um den Preis für ihre Hingabe, oder den Mörder um den Lohn für seine Tat prellt. Denn hier handelt es sich überhaupt nicht um Vermögenswerte: die Dirne, die sich preisgibt, der Schurke, der den Mord

vollführt, sie haben keine Vermögenswerte hingegeben; auch der rechtlich nicht anerkannte Anspruch, den sie erlangt haben, ist kein in Geld abschätzbares Gut. Es kann also von einer Entziehung von Werten, von einer Vermögensbeschädigung einer Person keine Rede sein und damit entfällt der Tatbestand des Betrugs. Darüber herrscht vollkommene Uebereinstimmung. In diesen Fällen hält, so viel ich sehe, niemand einen Betrug im Sinne des § 263 R. St. G. B. für gegeben.

b) Die Stellung der Literatur.

Dagegen herrscht über die Behandlung der Fälle, in denen vom Betroffenen eine geldwerte Leistung gemacht wurde, lebhafter Streit.

Die bekanntesten Lehrbücher und Kommentare stehen allerdings auf Seiten des Reichsgerichts, so dass man immerhin diese Anschauung als die herrschende ansprechen kann. Aber eine ganze Reihe von bedeutenden Autoren, insbesondere solche, die praktisch tätig sind, stellen sich der Ansicht des Reichsgerichts entgegen. Rechtsanwalt Rommel, Senatspräsident Lindenberg, Landgerichtsrat Zeiler, Ministerialdirektor Lukas, der an der Spitze der Kommission für die Ausarbeitung des neuen Strafgesetzbuches steht, treten für Bestrafung ein. Ebenso eine Reihe von älteren Schriftstellern wie Temme, Köstlin, Gryzciecki und Adolf Merkel; auch die Dissertationen von Engelhard und Jehle stehen auf diesem Standpunkt.[1])

Die Gründe, die sie beibringen, sind in den vorangehenden Ausführungen in der Hauptsache bereits verwertet. Rommel (S. 89 ff.), Lindenberg, Lukas und Zeiler weisen übereinstimmend darauf hin, dass bei der Begründung des Reichsgerichts auf das Zivilrecht ein zu grosses Gewicht gelegt sei. Wenn der Staat gewissen Verträgen die Anerkennung versage, so folge daraus nicht, dass die durch Abschluss solcher Verträge verübte Ausplünderung anderer Personen ungestraft geschehen könne.[2])

---

[1]) Ich lege Wert darauf, im folgenden die Autoren, wenn möglich, immer persönlich reden zu lassen.

[2]) Lindenberg DJZ. 9. Bd. S. 426 u. S. 1055.

Es sei gewiss zu billigen, wenn das bürgerl. Recht aus einem negotium turpe keine Klage gewähre. Aber aus einem solchen und ähnlichen hauptsächlich in der rechtswidrigen Handlungsweise auch des Geschädigten wurzelnden Gründen auch keine öffentliche Klage zu gewähren, entspräche der Aufgabe und dem Geiste des Strafrechts nicht.[1]) Es lasse sich nicht einsehen, warum das Recht darüber hinaus, dass es in solchen Fällen keinen Rückforderungsanspruch gewähre, auch noch die Vorspiegelung des Täters ungestraft lassen solle.[2]) Es seien vielmehr die Vermögensbeschädigung, der rechtswidrige Vermögensvorteil und auch der erforderliche Kausalzusammenhang gegeben.[3]) Für das frühere Recht stimmt dieser Ansicht Temme[4]) bei, der in breiten Ausführungen nachweist, wie in allen nur denkbaren Variationen eine Vermögensrechtsverletzung gegeben sei. Auch Köstlin hebt sowohl im System[5]) wie in seiner Sonderabhandluug in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess[6]) hervor, dass daraus, dass das auf den Grund oder Zweck eines unerlaubten Geschäftes Gegebene nicht zurückgefordert werden könne, nicht darauf geschlossen werden dürfe, dass in einem solchen Falle die durch Täuschung veranlasste Vermögensminderung keine Rechtsverletzung und keinen Betrug enthalte. Die privatrechtliche Unverfolgbarkeit des Betrugs liege im vorliegenden Falle nicht etwa darin, dass auf Seiten des Betrogenen keine Rechtsverletzung angenommen wurde, sondern dass in pari turpitudine possessor potior est. Fehle es aber nur an der Rechtsverletzung nicht, so sei der Betrug bei einem unerlaubten Rechtsgeschäfte um nichts weniger strafbar als bei einem erlaubten, da der Grundsatz dolus dolo compensatur im Strafrecht durchaus unanwendbar sei. Und de lege lata betont endlich auch ein Koryphäe wie Merkel[7]), dass dort, wo hinsichtlich wirklicher

---

[1]) Lucas S. 374.
[2]) Zeiler Liszt's Zeitschr. 28. Bd. S. 480.
[3]) Letzteres betont insbes. Zeiler l. c. S. 482 ff.
[4]) S. 81—89.
[5]) S. 153.
[6]) S. 313 ff.
[7]) H. H. S. 759 N. 3.

Verletzungen fremder Vermögensrechte aus besonderen Gründen ausnahmweise die Zivilklage versagt sei, nicht auch die strafrechtliche Verfolgung zu entfallen habe. Dies gelte insbesondere auch in betreff des Betrugs bei unerlaubten Geschäften. Der Umstand, dass hier eine condictio ex injusta causa hinsichtlich der in Folge der Täuschung weggegebenen Objekte nicht eingeräumt werde, schliesse nicht aus, dass eine Verletzung von Vermögensrechten stattgefunden habe und dass sonach die Voraussetzungen des § 263 vorlägen.

Anderer Ansicht ist er allerdings de lege ferenda. Er sagt: (Kr. Abh. S. 222 ff.) „Es zahlt jemand einem Anderen den für Begehung eines Delikts versprochenen Lohn, weil derselbe ihm vorspiegelt, dass er das Verbrechen ausgeführt habe. Der Geber hat hier mit Rücksicht auf die moralische Qualifikation des Grundes seiner Gabe keine Rückforderungsklage. Seine Verletzung wird also vom civilrechtlichen Gesichtspunkte aus ignoriert. Soll vom strafrechtlichen Gesichtspunkte aus das Gleiche geschehen? Und er beantwortet diese Frage mit einem entschiedenen Ja, indem er weiter darlegt: „Soll das Recht, indem es sich in einer solchen Verletzung selbst für verletzt erklärt, eine offenbar schlechte Sache zu der seinigen machen? Ist nicht dieser Entgang eines juristisch unmöglichen Gewinnes juristisch betrachtet gleich Null und folglich der in Frage stehende Fall juristisch demjenigen gleich zu stellen, wo der Geber keinerlei Entgelt oder ein völlig bedeutungsloses für seine Gabe fordert und also die Vermögensminderung, die sich aus dieser für ihn ergibt, mit Wissen und Willen herbeiführt. Wenn aber der Privatwille vom juristischen Gesichtspunkt aus nicht als verletzt erscheint, so kann auch der Staat nicht in diesem Privatwillen verletzt sein. Es kann also von einem Privatdelikte hier jedenfalls nicht die Rede sein. Verletzungen des Einzelwillens können nur insofern eine rechtliche Verantwortlichkeit auf Seite des Verletzenden begründen, als der Gemeinwille sich mit jenem indentifiziert, als derselbe seine eigenen, die Gesamtinteressen, für verletzt erklärt in den Interessen des Einzeleen. Es gilt dies für die zivilrechtliche und die strafrechtliche Ver-

antwortlichkeit durchaus in derselben Weise. Auch kann der Staat nicht, ohne mit sich in Widerspruch zu geraten, jene Identifikation in Bezug auf dieselbe Verletzung zugleich verneinen und bejahen. Indem der Staat die civile Ausgleichung versagt, verneint er ausdrücklich jene Identifikation und kann dieselbe nun nicht wohl, indem er die strafrechtliche Ausgleichung fordert, zugleich bejahen.“ Wir haben diese Ausführungen Merkels ziemlich ausführlich wiedergegeben, weil er sie für die Anwendung solcher Gesetze, die einen rechtswidrigen Vermögensvorteil fordern, als zutreffend empfiehlt und weil das Reichsgericht dieser Empfehlung offenbar gefolgt ist. Dies geht insbesondere aus der Entscheidung 21. Bd. S. 163 ff. hervor. Die dortigen Ausführungen polemisieren auch gegen Gryzciecki, der S. 95 ff. mit im grossen und ganzen zutreffenden Gründen Merkel angreift. Ich muss mir versagen, näher hierauf einzugehen; nur die Ansichten Merkels seien kurz kritisiert. Sie basieren auf seinen Anschauungen über die Grundfragen der Strafrechts, auf der Meinung, dass alles Unrecht und alle Unrechtsfolgen einheitlich, dass Strafe und Schadensersatz wesentlich gleich seien. An eine Kritik dieser Ansichten kann hier natürlich nicht gedacht werden.[1]) Hier kann nur auf eines hingewiesen werden, dass ja kein Geringerer als Merkel selbst seine Ausführungen für das geltende Strafrecht nicht als zutreffend erachtet. (Vgl. H. H. S. 759 N. 3.) Nicht darauf kommt es eben, wie er de lege lata richtig ausführt, an, ob das Zivilrecht die Klage versagt, sondern warum es die Klage versagt, und ob diese Gründe auch für das Strafrecht zutreffen. Diese Gründe treffen aber, wie wir bereits ausgeführt haben, in unseren Fällen für das Strafrecht nicht zu, der Täter hat sich vielmehr eines zwiefachen Verstosses gegen öffentliche Moral und Ordnung schuldig gemacht, die Sühne erheischt. Wenn dabei etwa auch der Betroffene widerrechtlich gehandelt hat, so steht ja nichts entgegen, auch ihn zu bestrafen, oder aber, wenn dies nicht möglich ist, die auf Seite des Betroffenen vorliegende Unsittlichkeit durch leichtere

[1]) Eine solche unternimmt Binding, Normen I § 40, 41.

Bestrafung des Täters zur Geltung zu bringen. Das Gleiche, was gegen die von Merkel de lege ferenda vorgebrachte Anschauung gilt, ist auch gegen die von Hälschner[1]) vertretene und ebenfalls gelegentlich vom Reichsgericht Bd. 19 verwertete Meinung zu sagen, wenn auch der Betroffene wider seinen wahren Willen einen Vermögensverlust erlitten habe, so könne doch der auf Erlangung einer rechtlich unmöglichen Gegenleistung gerichtete Wille als ein rechtlicher und widerrechtlich verletzbarer ebensowenig strafrechtlich wie zivilrechtlich anerkannt werden. Aus der Versagung der zivilrechtlichen Klage folgt nicht, dass der Wille überhaupt ein rechtlich nicht verletzbarer sei. Aehnliches ist gegen Frank[2]) zu bemerken, der in Durchführung seiner bereits bei der Besprechung des rechtswidrigen Vermögensvorteils kritisierten Ansicht, dass rechtswidrig nur ein Vermögensvorteil sei, den der Gewährende im Wege des Rechts zurückverlangen könne, für unsere Fälle Betrug verneint. Olshausen,[3]) Oppenhoff,[4]) v. Liszt,[5]) Meyer-Allfeld[6]) begnügen sich damit, sich dem Reichsgericht anzuschliessen. Binding[7]) legt besonders Gewicht darauf, dass der Betroffene sich selbst geschädigt habe. Kurz zu erwähnen ist auch noch Escher,[8] dem das Verdienst gebührt, als erster das Problem ausführlicher behandelt zu haben. Er scheidet zwischen absolut unerlaubten und nur durch positives Gesetz verbotenen Verträgen; bei ersteren sei ein Betrug unmöglich, bei letzterem könne er begangen werden. Escher legt dabei, wie seine Beispiele zeigen, offensichtlich Gewicht darauf, ob ein zivilrechtliches Rückforderungsrecht gegeben ist oder nicht. Uebrigens will er auch wegen Betrugs strafen, wenn jemand sich dafür ausgibt, als könne er jungen Leuten, welche bei der Konskription das Los

---

[1]) S. 256.
[2]) Insbesondere 3. 4. Aufl. S. 364.
[3]) S. 1035.
[4]) S. 660.
[5]) S. 467.
[6]) S. 481.
[7]) L. 1 S. 343 N. 5.
[8]) S. 132.

traf, die Entlassung verschaffen und um dies eher glauben zu machen, vorgibt, dass ein Individuum, mit welchem er im vertraulichen Gespräch herumging, Rekrutierungsoffizier sei und durch diese Mittel den Konskribierten bewegt, ihm gegen das Versprechen, seine Entlassung zu bewirken, eine grössere Summe zu geben, oder wenn wirkliche Militärbeamte sich durch Erregung ähnlicher Hoffnungen von Konskribierten Summen bezahlen liessen, Fälle, in denen auch wir Betrug annehmen, sodass Escher nicht nur für das gegnerische Lager in Anspruch genommen werden kann. Ganz auf gegnerischer Seite steht dagegen Kohler.[1]) Er führt vor allem praktische Gründe gegen die Bestrafung an und dies führt uns zur

c. Beantwortung der Frage vom praktischen (kriminalpolitischen) Standpunkt aus.

Kohler sagt u. a., wenn jemand vorgebe, als sei es in seiner Macht, ein Mitglied der Aushebungsbehörde zu bestechen, um jemanden militärfrei zu machen, so könne man schon deshalb keinen Betrug annehmen, weil ja auf solche Weise der Täter, wenn er wirklich die Bestechung ausführte und sie ihm gelänge, milder behandelt werden würde, als wenn er das Geld nur nähme und keine Bestechung versuchte — man brauche nur daran zu denken, dass Betrug im Rückfall in Frage stehe. Einen ähnlichen Gedanken, nur allgemeiner spricht Hamm[2]) aus, wenn er meint, der Täter könne, wenn er auf alle Fälle bestraft würde, sei es wegen der von ihm besprochenen verbrecherischen Handlung oder aber wenn er diese nicht ausführe, wegen Betrugs, leicht dazu gebracht werden, sein Versprechen zu erfüllen; das Gesetz würde also einen Druck auf ihn ausüben, ein Verbrechen zu begehen, und das dürfe natürlich nicht sein. Diese Ansicht ist jedoch falsch. Sie übersieht, dass die Strafen zunächst abschrecken sollen; durch die Androhung der Bestrafung derartiger Fälle soll vor allem erreicht werden, dass der Täter sich

[1]) S. 44 ff.
[2]) D. J. Z. 13. Bd. S. 468.

überhaupt in solche betrügerische Geschäfte gar nicht einlässt. Leider wird dieser Hauptzweck aller Strafe heute allzusehr in den Hintergrund gedrängt. Mit Recht sagt Girtler von Kleeborn, der durch lange Jahre an der Spitze der Wiener Staatsanwaltschaft stand, in der „Wiener Freien Presse“ vom 10. Januar 1909: „Dass das Wesen der Strafe trotz aller gelehrten Abhandlungen, welche für die gegenteilige Anschauung plaidieren, in der Abschreckung liegt, d. i., dass das verbrecherische Wollen durch die Androhung des Strafübels eine Hemmung erfahren soll, welche den Antrieb zur Straftat überwiegt, ist für mich wie wohl für jeden Praktiker, ausser Diskussion“.[1]) Ausserdem ist zu beachten, dass eine Pression zu Uebeltaten in unseren Fällen durch die Strafe schon deshalb nicht stattfindet, weil der Betreffende meist gar nicht oder nur schwer in der Lage ist, das Versprochene auszuführen.

Es kann vielmehr gar kein Zweifel sein, dass praktische Erwägungungen die Bestrafung unserer Fälle gebieterisch fordern. Lässt man keine Bestrafung eintreten, dann macht sich gar bald der Kriminalstudent diesen Zustand zu nutze und prellt Hunderte von Personen, die in seine Schlinge gehen. Das widerspricht, wie Lindenberg sagt (D. J. Z. 9. Bd. S. 1055) dem Sinn des Volkes und muss das Vertrauen in die sühnende Gerechtigkeit lockern. Mit Recht treten deshalb ausser dem Genannten die bereits oben erwähnten Praktiker aus kriminalpolitischen Erwägungen für die Bestrafung ein und schliesslich musste sich auch das Reichsgericht überzeugen, dass es unmöglich sei, solch schamlose Betrügereien straflos ausgehen zu lassen und es wählte deshalb, wie schon im ersten Kapitel mitgeteilt, das Mittel wegen versuchten Betrugs zu strafen. (Versuchs mit untauglichen Mitteln. Erstmals 38. Bd. S. 424.) Bei diesem Ausweg hat es allerdings fast gar keine Gefolgschaft gefunden. Es ist auch zu gesucht, denjenigen, der das erreicht hat, was er wollte, wegen Versuchs zu strafen. Denn dem Versuch ist doch charakteristisch, dass der Erfolg nicht eingetreten ist. Und ausserdem ist es inkonse-

[1]) Vgl. übrigens neuerdings auch Frank: „Vortrag über Vergeltungs- und Schutzstrafe“. S. 21.

quent, zu behaupten, der Staat sei dadurch, dass er unsittlichen und gesetzlich verbotenen Verträgen überhaupt die rechtliche Anerkennung versagt, gehindert, deren Verletzung strafrechtlich zu ahnden und dann doch Bestrafung (wegen Versuchs) eintreten zu lassen. Jedenfalls aber ergibt sich aus dieser seither nicht mehr verlassenen Praxis soviel, dass man ohne Bestrafung da, wo der Täter wirklich geldwerte Güter hingegeben hat, praktisch nicht auskommen kann. Das zeigt auch die ausländische Rechtsprechung. Frankreich[1]) bestraft von jeher in unseren Fällen wegen Betrugs. (Vgl. Dorigny insbesondere S. 140/41 und den bei Hegler zitierten Garraud Traite théorique et pratique du droit pénal français V. 580ff.) Ebenso Oesterreich[1]) (Lammasch S. 64). In Italien tauchte der Fall, dass jemand auf Grund eines unsittlichen Rechtsgeschäftes etwas hingab und betrogen wurde, erstmals 1877 auf. Der Kassationshof von Turin hielt einen Betrug für gegeben, dagegen nahm der Appellationshof von Trani in dem zweiten derartigen Fall, in einem Urteil vom Jahre 1886, dessen Begründung grossenteils mit der, die das Reichsgericht in Bd. 19 gibt, übereinstimmt, an, dass kein Betrug vorliege,[2]) in neuerer Zeit aber haben die sezioni unite des Kassationshofs (16. April 1903)[3]) den Satz angenommen, dass das Delikt des Betrugs deswegen nicht entfalle, weil unerlaubte oder sogar strafbare Handlungen den Gegenstand des Geschäftes bildeten, auf Grund dessen sich der Betrüger Vorteile versprechen liess.

---

[1]) Siehe namentlich auch die bei Kohler S. 43 und bei Jehle S. 70 N. 5 und 74 N. 2 Zitierten.

[2]) Rivista penale, 24. Bd. S. 443 ff.

[3]) Desgl. 58. Bd. S. 48 ff.